

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

RECOURS DU FIDÉJUSSEUR

DROIT FRANÇAIS

DE LA POSSESSION D'ÉTAT

COMME

PREUVE DE LA FILIATION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Félix RAPHANEL

AVOCAT

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

1895

THÈSE
DE
DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approba-
tion ni improbation aux opinions émises dans les
thèses ; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

RECOURS DU FIDÉJUSSEUR

DROIT FRANÇAIS

DE LA POSSESSION D'ÉTAT

COMME

PREUVE DE LA FILIATION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Mercredi 20 Mars 1895, à 1 heure

PAR

Félix RAPHANEL

AVOCAT

Président : M. HENRY MICHEL.

Suffragants : { MM. GÉRARDIN, }
 { RENAULT, } *professeurs.*
 { FAURE, }

PARIS

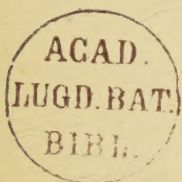
LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

1895



A MON PÈRE

A MA MÈRE



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552005_0006

DROIT ROMAIN

—

RECOURS DU FIDÉJUSSEUR

DROIT ROMAIN

RECOURS DU FIDÉJUSSEUR

INTRODUCTION

Toute personne qui s'oblige offre par cela même, à son créancier, en garantie de sa dette, l'ensemble de son patrimoine. Ainsi, tout créancier a, pour garantie, l'avoir que son débiteur possède, ou plutôt, possédera au jour où il s'agira pour le créancier de se faire payer. Cette règle, que nous voyons formulée dans l'art. 2092 de notre Code civil, n'est pas moins vraie en droit romain. Mais cette garantie générale est très fragile, très variable. Aujourd'hui, le débiteur est riche et le créancier se trouve bien garanti, mais il est possible que demain ce débiteur dissipe sa fortune, et alors la sûreté dont nous parlons s'évanouira. Pour prémunir les créanciers contre ce danger, le droit a organisé des sûretés spéciales, qui sont de deux sortes : les sûretés réelles et les sûretés personnelles.

Dans la sûreté personnelle, une personne s'engage à côté du débiteur principal et offre au créancier le même genre de garantie générale que le débiteur lui-même. Les sûretés réelles portent sur un bien déterminé : ce sont le gage et l'hypothèque.

Il est certain que la sûreté réelle est meilleure, plus solide que la sûreté personnelle. Cela n'avait pas échappé aux juristes romains : « *Plus cautionis*, dit Pomponius, *in re est quam in persona* ». En effet, on peut toujours craindre qu'une caution ne devienne complètement insolvable. Au contraire, le bien qui vaut beaucoup aujourd'hui, vaudra encore quelque chose demain. Certes, il pourra bien avoir perdu un peu de sa valeur, mais, en général, il ne périra pas tout entier, il aura encore une valeur suffisante pour garantir le paiement de la créance. En un mot, la sûreté réelle, qui ne suppose que la conservation d'une chose, est moins exposé à périr que la sûreté personnelle qui suppose le maintien de la solvabilité. Ajoutons qu'à Rome l'hypothèque avait d'autres avantages. Elle résultait d'un simple pacte, tandis que le cautionnement, en général, se concluait en une forme solennelle. L'action hypothécaire avait pour effet de faire mettre le créancier en possession de la chose hypothéquée, ce qui lui permettait de vendre la chose très facilement, sans avoir besoin de saisir et faire vendre l'ensemble du patrimoine de son débiteur. Dans le cautionnement, le créancier doit commencer

par intenter une action contre la caution; après le jugement, il faut attendre deux mois, le *tempus judicati*, puis demander une *missio in possessionem*, faire rédiger le cahier des charges, et provoquer une vente en masse qui, peut-être, se fera très mal et ne procurera qu'un dividende illusoire.

Malgré cette infériorité du cautionnement sur l'hypothèque, il est certain que les Romains ont toujours préféré les sûretés personnelles. On en trouve la preuve dans un certain nombre de chapitres du traité « *De re rustica* » de Caton l'Ancien (chap. 146 à 150). Nous invoquons aussi la pratique des stipulations prétoriennes (*Institutes de divisione stipulationum*, III, 18). Ces stipulations ont été imitées par le droit civil. Il suffit de citer la caution *rem pupilli salvam fore*, la caution du quasi-usufruitier, celle de la personne qui adroge un impubère, les cautions *de rato*, *de damno infecto*, etc. Il résulte de là que dans un grand nombre de cas une personne était obligée, en vertu de la loi, de fournir caution. Au contraire, nous ne voyons pas que le pur droit romain ait obligé un débiteur à donner une hypothèque. Dans notre droit français, lorsqu'un débiteur est tenu de fournir caution, il peut remplacer cette sûreté par un gage: le créancier ne peut s'y refuser (C. civ., art. 2041). Il n'en est pas de même en droit romain (L. 7. D. XLVI, 5). Donc les Romains préférèrent la sûreté personnelle à la sûreté réelle, malgré son infériorité relative.

Comment expliquer ce trait de mœurs des Romains ? La difficulté est d'autant plus grande qu'il ressort de plusieurs textes que les Romains éprouvaient une certaine répugnance à poursuivre des cautions (Cicéron, lettres à Atticus, XVI, 13 : Quintilien, déclamations, n° 273). De même, Gaius, supposant qu'un créancier attaquait un fidéjusseur, alors que le débiteur principal est disposé à payer, nous dit qu'il s'expose à être poursuivi par l'action d'injures (L. 19, D. XLVII, 10). Si nous nous plaçons au début de la société romaine, nous apercevons deux raisons, l'une certaine, l'autre un peu conjecturale :

1° Pendant longtemps, l'hypothèque fut inconnue à Rome, et un débiteur ne pouvait pas donner à son créancier une sûreté réelle par simple pacte. Il fallait ou bien avoir recours à des formalités compliquées et d'un effet dangereux pour le débiteur, ou bien se borner à lui donner une sûreté très insuffisante. Le premier moyen, qui consistait dans l'aliénation fiduciaire, avait pour effet de transférer la propriété de la chose au créancier. Celui-ci, d'ailleurs, l'aliénait très valablement, et le débiteur ne pouvait la revendiquer contre le tiers acquéreur, il se trouvait réduit à une action en dommages-intérêts contre son créancier, action qui pouvait être illusoire par suite de son insolvabilité. Même lorsque le créancier n'avait pas aliéné la chose, le débiteur pouvait souffrir de cette insolvabilité, car la chose était dans le patrimoine du créancier,

le gage de tous ses créanciers, et l'aliénateur fiduciaire n'avait pas plus le droit de préférence que le droit de suite.

Le second procédé, le *pignus*, n'avait pas cet inconvénient, mais il ne procurait au créancier qu'une sûreté absolument insuffisante. Le gage en effet donnait simplement au créancier le droit de retenir la chose, mais non pas du tout le droit de la vendre à l'échéance, en cas de non paiement. Donc, l'aliénation fiduciaire compromettait les droits du débiteur, et le gage ne garantissait qu'imparfaitement ceux du créancier. D'ailleurs l'un et l'autre de ces procédés avaient l'inconvénient de dépouiller le débiteur de l'usage d'une chose qui lui était peut-être indispensable. On comprend très bien, dans ce premier état de la législation, l'emploi des sûretés personnelles.

2° A l'origine, le cautionnement était surtout une obligation morale pour certaines personnes, par exemple, pour les clients envers leurs patrons, et réciproquement pour les patrons envers leurs clients. Au reste, dès l'époque de Cicéron, les rapports de clientèle avaient disparu, c'est pourquoi nous sommes réduits à des conjectures sur ce sujet. Pourtant, nous voyons, dans les antiquités romaines de Denys d'Halicarnasse (II, § 10), que les clients étaient au besoin tenus de payer les dettes du patron, et même qu'ils étaient tenus de lui fournir de l'argent pour doter ses filles. Sans doute ils n'étaient pas tenus de cette obligation

lege, mais ils y étaient soumis en vertu d'un lien qui, à cette époque primitive, était plus fort que la loi, à savoir les mœurs. Ainsi, Aulu-Gelle, dans ses Nuits attiques (V, ch. 13), met les obligations du patron envers ses clients en première ligne, immédiatement après les obligations envers les parents et les pupilles. Cette remarque donne une grande vraisemblance à notre conjecture (Voir dans le même sens Tite-Live, V, 32, XXXVIII, 60). Réciproquement, nous semble-t-il, le patron devait cautionner ses clients. Par la même raison, le patron, dont la dette avait été garantie par son client, était moralement tenu de le libérer. On considérait comme déshonorant le fait pour un débiteur de ne pas libérer ceux qui avaient garanti sa dette (Cicéron, Lettres à Atticus, XVI, 15).

Ces deux motifs de supériorité de la sûreté personnelle sur la sûreté réelle disparurent avec le développement de la civilisation et du droit. L'invention de l'hypothèque permit au débiteur d'affecter une chose à la sûreté de son créancier, sans s'en dessaisir. Cette innovation fit disparaître l'aliénation fiduciaire. Le *pignus* confère le droit de vendre. D'autre part, la clientèle dès le début de l'Empire, n'était plus guère qu'un souvenir historique. Cependant les Romains continuaient à préférer les sûretés personnelles. Cela tient, à nos yeux, à ce que l'origine de l'hypothèque, à Rome, avait un vice essentiel : le défaut de publicité. Le créancier n'avait aucun moyen de savoir si le cons-

tituant était propriétaire de la chose grevée. D'ailleurs, quand même il aurait été certain d'avoir traité avec le *verus dominus*, et d'avoir ainsi acquis une hypothèque valable, rien ne l'assurait de l'efficacité de cette hypothèque. Il aurait fallu, pour cela, qu'il pût savoir s'il y avait des hypothèques antérieures, et pour quelles sommes. Ce sont ces imperfections de l'hypothèque qui nous rendent le mieux compte de la persistance du cautionnement jusqu'à la fin du droit romain, comme le moyen le meilleur de garantir les obligations.

Les Romains ont connu trois formes de cautionnement :

- 1° L'*adpromissio* qui a lieu *verbis* ;
- 2° Le pacte prétorien *de constitut* ;
- 3° Le contrat consensuel de mandat.

L'*adpromissio* est le procédé le plus ancien, et est aussi demeurée jusqu'à la fin le plus usuel. Elle a eu diverses formes, qui se sont substituées successivement l'une à l'autre dans l'ordre suivant : la *sponsio*, la *fidepromissio* et la *fidejussio*.

La *sponsio*, qui avait lieu en la forme « *idem dare spondes* », avait l'inconvénient de n'être accessible qu'aux citoyens. Aussi créa-t-on la *fidepromissio*, dans laquelle les pérégrins pouvaient intervenir comme les citoyens : elle avait lieu de la façon suivante : « *idem fide tua promittis* ».

Ces deux formes tombèrent en désuétude et furent avantageusement remplacées par la fidéjussion qui

se contractait en ces termes : « *idem fide tua jubes* ».

La supériorité de ce dernier mode nous est expliquée par Gaius (Commentaire III, §§ 116 et 119. (a). Elle s'applique à toute ssortes d'obligations, *verbis*, *litteris*, *re*, *consensu*, *ex delicto*.

La *sponsio* et la *fidepromissio* ne peuvent garantir que des obligations nées *verbis* : si on voulait cautionner par ces modes une obligation d'une autre espèce, il fallait commencer par la nover en une obligation *verbis*; ce biais entraînait des lenteurs, et exigeait d'ailleurs le consentement du débiteur (b). La fidéjussion est perpétuelle, c'est-à-dire que l'obligation qui en dérive ne s'éteint pas par le temps, et qu'elle est transmissible aux héritiers, soit du côté passif soit du côté actif. Les deux autres formes ne font naître, à la charge de la caution, qu'une obligation biennale et viagère, c'est-à-dire que, d'une part, la caution est libérée lorsqu'elle n'a pas été poursuivie dans un délai de deux ans, et que, d'autre part, l'obligation accessoire est bien transmissible aux héritiers du créancier, mais ne passe pas aux héritiers de la caution (c). En cas de pluralité de fidéjusseurs, chacun d'eux est et demeure tenu du total de l'obligation : il ne s'opère pas de division. D'après la loi Furia, au contraire, en cas de pluralité de *sponsores* ou de *fidepromissores*, l'obligation se divise entre ceux d'entre eux qui sont vivants à l'échéance, sans tenir compte de la survenance de l'insolvabilité chez un ou plusieurs d'entre eux; s'ils sont

cinq vivants, et que quatre soient devenus insolvables, le créancier n'en pourra pas moins ne demander qu'un cinquième au seul *cosponsor* ou *cofidepromissor* solvable. D'ailleurs, la loi Furia, qui avait établi cette division de plein droit, n'était en vigueur qu'en Italie. En province, chaque *fidepromissor* pouvait être poursuivi pour le total, mais, après avoir payé, il avait, en vertu de la loi Apuleia, qui établissait un rapport de société entre les *cosponsores* et les *cofidepromissores*, un recours contre les autres par l'action *pro socio*.

Ces trois formes d'*adpromissio* subsistèrent pendant un temps parallèlement ; mais les divers avantages de la fidéjussion firent bientôt oublier les deux premières. Aussi est-ce au fidéjusseur que nous consacrons exclusivement notre étude.

La fidéjussion se contractait *verbis* en la forme « *idem fide tua jubes* ». Le formalisme finit par s'atténuer dans ce contrat si pratique, et, à l'époque d'Ulpien, on pouvait interroger dans la forme « *idem fide dicis* », on pouvait même s'exprimer en grec (L. 8, pr. D, 46, 1). On admit généralement aussi que la fidéjussion se contractait valablement dans la forme « *idem dabis, idem facies* ». Sans doute Gaius (III, § 116) ne résout pas formellement la question ; il se borne à se demander quel nom il faut donner au contrat conclu en cette forme. Mais cette question même implique la validité du contrat. Or l'*adpromissio* ne pouvait avoir lieu, du temps de ce jurisconsulte, que

sous trois formes : la *sponsio*, la *fidepromissio* et la *fidejussio*. Il est évident que l'interrogation supposée ne convenait pas aux deux premières ; donc elle ne s'appliquait qu'à la *fidejussio*.

On s'est demandé s'il n'y avait pas une autre différence entre les trois modes d'*adpromissio* au point de vue du moment auquel l'*adpromissor* doit s'engager. Il est certain que la fidéjussion peut précéder le contrat principal. C'est ce qui nous est dit formellement aux Institutes de Justinien : « *Fidejussor et precedere obligationem et sequi potest* ».

En est-il de même de la *sponsio* et de la *fidepromissio* ? M. Ortolan pense que non (III, p. 229 en note, et p. 233).

Il s'appuie : 1° Sur un passage de *Trinummus* de Plaute, où l'on voit une *sponsio* contractée postérieurement à l'obligation principale. Mais tout ce qui résulte de ce texte c'est que la *sponsio* pouvait suivre l'obligation principale, ce qui n'est pas douteux, mais il n'en résulte nullement qu'elle n'ait pas pu la précéder.

2° Sur un texte d'Ulpien (L. 6, D. 46, 1), où il est dit que le fidéjusseur peut s'obliger avant le débiteur principal ; mais je réponds que ce texte vise la fidéjussion comme le mode ordinaire de l'*adpromissio* du temps d'Ulpien, mais rien ne prouve qu'il en fut autrement pour les autres modes.

3° Sur le § 3, livre III, titre XX, aux Institutes, aux termes duquel le fidéjusseur peut précéder ou suivre

l'obligation. Mais il est certain que cette phrase ne compare pas la fidéjussion à la *sponsio* et à la *fidepromissio*, qui avaient depuis longtemps disparu, mais plutôt à la fois au *constitut* qui ne pouvait intervenir qu'après l'obligation principale, et au *mandatum pecuniæ credendæ*, qui la précédait nécessairement.

Nous avons ainsi établi l'importance du cautionnement qui était le procédé par excellence de garantir les obligations, et par suite de la fidéjussion, qui en est, à l'époque classique, le mode usuel. Un grand nombre de problèmes juridiques se posent à propos de la fidéjussion. On peut considérer les droits du créancier vis-à-vis du fidéjuteur, ou ceux du fidéjuteur vis-à-vis du créancier, c'est-à-dire les moyens de défense et les exceptions qu'il peut avoir à lui opposer. Il nous a paru intéressant de nous attacher spécialement à la question du recours du fidéjuteur. Nous avons montré que la fidéjussion était d'un usage fréquent, journalier, dans la vie sociale des Romains. C'était un service mutuel qu'on se rendait. Je me porte votre fidéjuteur aujourd'hui pour que demain vous consentiez, à votre tour, à devenir mon garant auprès d'une personne qui vous connaît, et qui n'a, au contraire, aucune raison de me faire crédit.

Dans une de ses satires (II, 6, vers 23 et 24) Horace explique les tracas de Rome : « Dès le matin il faut songer à me porter *sponsor* et me hâter pour que per-

sonne ne me devance dans l'accomplissement de ce devoir. » Aujourd'hui notre législateur français à réglementé avec le plus grand soin la matière du crédit hypothécaire, le recours du tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué et la purge qui lui permet de libérer son immeuble. De même, à Rome, où la fidéjussion était la base du crédit en général, la base des affaires et des transactions, il était d'intérêt public d'encourager les citoyens à se porter garants les uns pour les autres, en organisant, à leur profit, des moyens de recours en vue d'assurer leur remboursement.

Nous diviserons notre étude de la façon suivante :

Première Partie. — Recours du fidéjusseur ;

Deuxième Partie. — Des cas où le fidéjusseur ne peut pas recourir.

Nous subdiviserons la première partie en quatre chapitres :

Chapitre I^{er}. — Recours du fidéjusseur qui a payé, contre le débiteur principal :

Chapitre II. — Des cas où le fidéjusseur peut, quoique n'ayant pas payé, exercer un recours contre le débiteur principal :

Chapitre III. — Recours du fidéjusseur contre ses coobligés :

Chapitre IV. — Recours sur les choses grevées de gages ou d'hypothèques.

Nous subdiviserons la deuxième partie en deux chapitres :

Chapitre I^{er}. — Des cas où le fidéjusseur est déchu de son recours ;

Chapitre II. — Des cas où il n'a pas de recours.

PREMIÈRE PARTIE

RECOURS DU FIDÉJUSSEUR

CHAPITRE PREMIER

RECOURS DU FIDÉJUSSEUR QUI A PAYÉ, CONTRE LE DÉBITEUR PRINCIPAL.

En payant, le fidéjusseur ne fait pas sa propre affaire, il agit pour le compte du débiteur principal. Il est donc juste de lui donner un recours contre ce dernier qui, étant le véritable intéressé à l'obligation, doit supporter définitivement le fardeau de la dette. Cette règle n'est évidemment pas spéciale à la fidéjussion ; elle s'applique à tous les cas *d'adpromissio*, et d'une façon générale à tous les cas de cautionnement. « *In eo quoque par omnium causa est, quod, si quis pro reo solverit, ejus recuperandi causa habet cum eo mandati judicium* ».

Avant la création de la fidéjussion, et alors que la *sponsio* était le mode pratique de cautionner, du moins entre citoyens romains, il y avait deux mesures de

rigueur spéciales contre le débiteur qui ne remboursait pas son garant : 1° le *sponsor* avait, outre l'action *mandati contraria*, l'action *depensi* qui était au double. Cette action fut instituée par la loi Publilia, dont nous ne connaissons pas la date. Il est évident qu'elle ne se cumulait pas avec l'action de mandat, car, comme celle-ci, elle avait pour objet d'indemniser le *sponsor*, seulement l'action *depensi* était mixte, *tam rei quam pœnæ persecutoria*, elle avait pour objet le double de la somme déboursée par le *sponsor*.

Il résulte de là que l'action *mandati* paraît devoir être bien inutile au *sponsor* : il semble qu'il prendra toujours l'action *depensi*.

Pour comprendre qu'il ne la choisira pas toujours, il suffit de remarquer que ce doublement ne se produit qu'en cas d'*infitiatio* du débiteur principal (Gaïus, IV, § 9 ; Paul, I. 19, § 1). Il y a *infitiatio* lorsque le débiteur principal, devant le magistrat, *in jure*, au moment où le *sponsor* demande son remboursement, nie l'existence de la dette.

Mais, dira-t-on, si dans certains cas le *sponsor* pouvait ne pas obtenir plus par l'action *depensi* que par l'action *mandati*, et il en était ainsi lorsqu'il n'y avait point d'*infitiatio* de la part du *reus*, il atteignait du moins, même dans ces cas, un résultat égal, et dès lors il avait intérêt à ne se servir que de l'action *depensi*, puisqu'il pouvait obtenir plus que par l'action *mandati*, et n'était pas exposé à recevoir moins. Ce n'est

pas tout-à-fait exact. Il pouvait arriver, en plusieurs circonstances, que le *sponsor* eût plutôt intérêt à agir *mandati*. En effet, l'action de mandat a pour résultat de le rendre complètement indemne, et par conséquent de lui procurer non seulement le *depensum*, mais encore les intérêts. Au contraire, dans l'action *depensi*, nous pensons bien que nous ne puissions invoquer aucun texte formel en ce sens que la condamnation se mesurait, comme le mot l'indique, au *depensum*, en laissant bien entendu de côté le cas de l'*infitiatio rei*.

2° Aux termes du paragraphe 22 de son IV^e Commentaire, Gaius nous dit que le *sponsor*, qui n'avait pas été remboursé par le *reus* dans les six mois du paiement, pouvait opérer sur ce dernier la *manus injectio pro judicato*. On sait que la *manus injectio judicati* n'est autre chose qu'une voie d'exécution par laquelle le créancier met la main sur son débiteur. Le débiteur ne peut s'en dégager qu'à la condition de fournir un *vindex*.

S'il ne trouve personne pour jouer ce rôle en sa faveur, il est obligé de suivre son créancier et de subir l'emprisonnement dans son *carcer privatus*, en attendant, s'il ne trouve aucun moyen de se libérer, d'être vendu comme esclave. La *manus injectio pro judicato* a exactement le même effet.

Les *manus injectiones judicati et pro judicato* disparurent par l'abrogation des *legis actiones*, opérée

vers l'an 583 par la loi *Œbutia*. Nous remarquons toutefois que, même à l'époque de *Gaius*, il subsista, de l'ancienne protection accordée aux *sponsores*, deux vestiges importants que ce jurisconsulte nous signale (IV, §§ 25, 102 et 186).

1^o Par dérogation à la règle générale, d'après laquelle le défendeur à une action personnelle, qui plaide *suo nomine*, n'a pas à fournir la *cautio judicatum solvi* ; le débiteur principal, qui est poursuivi en remboursement par son *sponsor*, doit fournir cette *cautio*. *Gaius* n'indique pas la sanction, mais c'est évidemment celle qui, de droit commun, sanctionne cette obligation. Le défendeur était considéré comme *indefensus*, on le traitait comme s'il était condamné, et on procédait de suite aux voies d'exécution.

2^o Au paragraphe 186 de son 4^e Commentaire, *Gaius* remarque que les débats engagés devant le magistrat, *in jure*, ne peuvent pas dans tous les cas se terminer en un jour. Il y avait alors lieu au *vadimonium* ; c'était une promesse du défendeur de se présenter un autre jour devant le magistrat. Le *vadimonium* pouvait être également donné par une personne qui ne s'était pas encore présentée *in jure* ; c'était alors une façon d'introduire l'instance, le défendeur promettant par exemple de se présenter dans huit jours, devant le magistrat. En général, le *vadimonium* était accompagné de la promesse d'une somme d'argent, sorte de *stipulatio*

pæncæ, pour le cas où le défendeur ne se présenterait pas ; mais le montant de cette *stipulatio* ne pouvait dépasser la moitié de la somme demandée, ni en aucun cas la somme de cent mille *sesterces*. Par exception, lorsqu'il s'agissait de la poursuite intentée par le *sponsor* contre le *reus principalis*, le montant du *radimonium* était égal au montant de la demande.

Nous en tenant maintenant à la fidéjussion, recherchons par quelles actions le fidéjusseur pourra exercer son recours. En principe, il avait, nous dit Gaïus, l'action *mandati contraria* contre le *reus* (III, § 127). Le plus souvent, en effet, le fidéjusseur n'est qu'un mandataire ; il n'agit pas spontanément, mais bien à l'instigation et sur les prières du *reus*. D'ailleurs le mandat, à Rome comme chez nous, pouvait être tacite aussi bien qu'exprès. Le fidéjusseur s'engageait au premier cas *sciente debitore*, et au second cas *jussu debitoris*.

Néanmoins, il peut arriver par exception que le fidéjusseur n'ait pas l'action *mandati* contre le défendeur principal. Il en est ainsi dans trois cas :

1° Le fidéjusseur a contre le débiteur l'action *negotiorum gestorum* ;

2° Il a l'action *mandati* contre une personne autre que le débiteur principal ;

3° Il est dépourvu de toute action en recours.

a) 1^{er} cas. — Le fidéjusseur a contre le débiteur principal l'action *negotiorum gestorum*. Il suffit de supposer

que le fidéjusseur s'est engagé à l'insu du débiteur, *ignorante reo*. Je dis *ignorante* et non pas « *invito reo* », car, dans ce dernier cas, ainsi que nous le verrons plus loin, l'opinion qui prévalut est que le fidéjusseur n'avait aucune action contre le *reus*. Le fidéjusseur, dans cette hypothèse où il s'est engagé *ignorante reo* ne saurait avoir l'action de mandat contre ce dernier, mais, comme il a agi dans l'intérêt du *reus* et fait son affaire en lui procurant du crédit ou en déterminant le créancier à s'abstenir de poursuites ruineuses pour le débiteur, il a l'action *negotiorum gestorum*.

Papinien, dans la loi 7, D. XVI, 1, suppose que la mère d'un pupille a donné mandat à une personne de se porter fidéjusseur pour le *defensor* de ce pupille. Le fidéjusseur ne pourra pas recourir par l'action *mandati* contre la mère, car ce serait lui enlever indirectement le bénéfice du senatus-consulte Velléien. Mais il aura l'action *negotiorum gestorum* contre le *defensor*.

Mais, dira-t-on, qu'importe que le fidéjusseur n'ait pas l'action de mandat, si on lui reconnaît l'action *negotiorum gestorum* ? Cette action ne produira-t-elle pas exactement les mêmes résultats ? Cela est vrai en général ; néanmoins nous pouvons relever deux différences entre ces deux actions :

La première a un intérêt surtout historique, car elle finit par disparaître. On sait que le débiteur tenu d'une

action de bonne foi à raison d'une opération à laquelle il n'avait pas intérêt, n'était responsable que de son dol ou de sa faute lourde ; celle-ci s'appréciait toujours *in concreto* et devait être prouvée par le demandeur. Par dérogation à cette règle générale, le gérant d'affaires fut, de tout temps, tenu pour responsable de sa faute légère *in abstracto*, et devait prouver qu'il était exempt de cette faute. Certes, la même solution fut donnée à la fin du droit classique pour le mandataire. Mais pendant longtemps on lui avait appliqué la règle générale ; en effet, disait-on, le mandataire rend un service gratuit ; donc, il ne doit répondre que de son dol et de sa faute lourde prouvés par le mandant. Cette décision relative au mandat est présentée comme encore vivante par un texte de Modestin, l'un des derniers jurisconsultes classiques, qui est rapportée dans la *Collectio legum mosaïcarum*.

La seconde différence est indépendante de l'époque à laquelle on se place dans l'histoire du droit romain. Le mandataire peut se faire rembourser par son mandant tout ce qu'il a payé dans les limites du mandat, *intra fines mandati*. Le gérant d'affaires, par cela même qu'il s'est mêlé des affaires d'autrui sans en être prié, doit être traité d'une manière un peu plus rigoureuse. Il n'a droit au remboursement de ses dépenses que dans la mesure où elles ont été utilement faites, c'est-à-dire dans la mesure où un père de famille diligent les aurait faites, quand bien même le profit n'en

subsisterait pas. Citons deux applications de cette formule :

1° Le fidéjusseur a payé alors que le créancier était tout disposé à accorder à son débiteur des délais. Si le débiteur prouve ce point, le fidéjusseur ne pourra pas exercer un recours aussi fort ; on déduira *l'interusurium*, c'est-à-dire l'intérêt que produiront les sommes dues entre le jour du paiement accompli par le fidéjusseur et celui auquel le débiteur aurait pu faire reculer le paiement.

2° Le fidéjusseur a payé dans l'ignorance d'une exception. S'il était mandataire, on n'aurait rien à lui reprocher : c'était au *reus* à lui faire connaître cette exception. Au contraire, si le fidéjusseur n'est qu'un gérant d'affaires, le *reus* ne peut évidemment avoir l'idée de lui faire connaître cette exception : donc le fidéjusseur sera alors dépourvu de recours.

b). 2° cas. — Le fidéjusseur a l'action *mandati* contre une personne autre que le débiteur principal. Un *mandator pecuniæ credendæ* me donne mandat *de fide jubere* pour une autre personne *Secundus*, au su de ce dernier et avec sa volonté. Dans ce cas, je pourrai, après avoir payé, recourir à la fois contre le *reus* et contre le *mandator* (Pap. L. 53. D. XVII).

Mais, supposons que *Primus* me donne mandat de cautionner *Secundus* à l'insu de ce dernier ou contre son gré. Je pourrai poursuivre le mandant *Primus* par l'action *mandati contraria*. Mais tout recours me sera

refusé contre le débiteur principal, *Secundus* ; c'est ce qui est généralement dit dans la loi 53, que nous venons de citer : « *Quod si pro invito vel ignorante, alterutrius mandatum secutus fidejussit, eum solum convenire potest, qui mandavit, non etiam reum promittendi* ».

Ce texte paraît, sur un point, en contradiction avec ce que nous avons dit dans la précédente hypothèse. Il met en effet sur la même ligne le cas où le débiteur ne veut pas être cautionné (*reus invitus*), et celui où il ignore la fidéjussion (*reus ignorans*). Or quand le débiteur était *invitus*, les Romains en général n'admettaient pas le recours : c'était du moins la doctrine dominante que Justinien a fait prévaloir. Lors au contraire que le débiteur était *ignorans*, on considérait le fidéjusseur comme un gérant d'affaires.

Telles sont les décisions, que nous avons précédemment données, eh bien ! le jurisconsulte dit ici que le fidéjusseur ne peut poursuivre le *reus ignorans*. Comment expliquer cette contradiction ? En thèse générale, il est vrai qu'on donne au fidéjusseur *negotiorum gestorum* un recours contre le *reus*, parce qu'on suppose qu'il a voulu, non pas lui faire une libéralité, mais simplement gérer son affaire. Mais, lorsque je cautionne sur le mandat d'un tiers, cette présomption est moins naturelle. J'ai cautionné alors pour obéir au mandant, et en comptant sur le recours contre ce dernier. On doit naturellement présumer que je me contente de

cette action, et non pas que j'ai entendu faire l'affaire du *reus* principal. Sans doute, il est vrai que j'ai, de mes deniers, procuré la libéralité du *reus* ; mais c'est pour me conformer aux instructions de mon mandat et non pas pour être utile au débiteur.

De même celui qui, sur le mandat de *Primus*, paierait la dette de *Secundus*, aurait un recours contre son mandant et non contre le débiteur lui-même. « *Nec me moret, dit Papinien, quod pecunia fidejussoris reus liberetur, id enim contigit etsi meo mandato pro alio solvas* ».

c). 3^e cas.—Le fidéjusseur est dépourvu de toute action en recours contre le débiteur principal. Nous renvoyons pour ce point à notre deuxième partie.

Quel est le montant du recours du fidéjusseur ?

Nous répondons que le montant est précisément égal au déboursé effectué par le fidéjusseur. Au reste, cette règle doit être tempérée par cette remarque, que l'action *mandati contraria*, qui sert au fidéjusseur de moyen de recours, est une action de bonne foi. En conséquence, des intérêts pourraient lui être alloués, même indépendamment de la mise en demeure du débiteur, toutes les fois que le juge estimera que cela est nécessaire pour rendre le fidéjusseur complètement indemne.

A quelle époque le fidéjusseur pourra-t-il exercer son recours ?

En principe, cette époque est celle où le fidéjusseur

aura libéré le débiteur. Mais il faut qu'il se soit conformé pour cette libération au mandat qui lui a été donné. Par exemple, si le fidéjusseur a payé avant terme, il ne pourra recourir qu'à l'échéance.

Le fidéjusseur qui a été condamné sur la poursuite du créancier peut-il, *intra dies judicati*, c'est-à-dire alors que le délai pour exécuter la condamnation n'est pas encore expiré, recourir contre le débiteur principal. Il y eut des difficultés sur ce point. L'opinion qui l'emporta est qu'il pouvait recourir immédiatement. Sans doute il avait, alors, un délai pour payer, mais le fait même de la condamnation le mettait en perte et devait, dès lors, l'autoriser à recourir contre le débiteur. Seulement, il faut remarquer que, dans ce cas, le juge peut autoriser le débiteur, au lieu de rembourser de suite le fidéjusseur, à prendre son fait et cause et à se substituer à lui dans l'action *judicati*; en un mot, il suffit que le débiteur vienne défendre le fidéjusseur quand le créancier intente contre lui l'action *judicati*.

Le débiteur peut obtenir un délai modéré pour rembourser le fidéjusseur. Il en est ainsi notamment lorsque, le débiteur principal étant mort, le recours est exercé par le fidéjusseur contre son héritier. C'est ce que décide la loi 105, D. *de sol.*, qui prévoit le cas où le fidéjusseur a payé le créancier entre le décès du débiteur et l'adition de son héritier. Le fidéjusseur ne peut forcer cet héritier à le rembourser immédiatement

après l'addition, car, ainsi que le dit le texte, l'institué ne saurait être tenu d'avoir sur lui un sac d'écus, au moment où il fait addition : « *non debet adire cum sacco.* »

Nous avons dit que le fidéjusseur pouvait recourir contre le débiteur principal, soit par l'action *mandati*, soit par l'action *negotiorum gestorum*. Il peut également recourir au moyen de l'action qu'avait le créancier contre le *reus*, en ayant soin de se faire céder cette action avant le paiement, conformément aux règles que nous verrons au chapitre 3.

A quoi cette cession peut-elle lui servir? *A priori*, il semble qu'elle ne lui procurera aucun avantage, puisqu'il a déjà, de son propre chef, l'action *mandati* ou l'action *negotiorum gestorum*. Néanmoins on peut trouver des cas où cette cession aura de l'intérêt :

1^o Le créancier a un *privilegium inter personales actiones*, c'est-à-dire un droit de préférence à l'encontre des créanciers chirographaires, et tenant, non à la qualité de la personne, mais à la qualité et à la nature de la créance ;

2^o Le créancier a une action rentrant dans la catégorie de celles *quæ infitiatione duplantur*.

CHAPITRE II

DES CAS OU LE FIDÉJUSSEUR PEUT, QUOIQUE N'AYANT PAS PAYÉ,
EXERCER UN RECOURS CONTRE LE DÉBITEUR PRINCIPAL.

Il peut arriver que le fidéjusseur, quoique n'ayant pas payé, puisse néanmoins exercer un recours contre le *reus*.

Il en est ainsi tout d'abord lorsque le créancier a reçu du fidéjusseur une prestation qui n'est point un paiement ni même une dation en paiement, mais qui lui a finalement procuré le même avantage qu'un paiement véritable.

La Loi 47, § 1, *D. mandati*, suppose qu'une dette avait pour objet un esclave *in genere*. Le fidéjusseur, pour payer, a livré un esclave qui appartient à autrui. Evidemment, il ne se libère pas lui-même, et ne libère pas davantage le *reus*, par conséquent, il ne peut pas recourir par l'action *mandati contraria* contre ce dernier.

Mais, supposons que le créancier ait reçu l'esclave de bonne foi, et l'ait possédé assez longtemps pour usucaper : le débiteur principal se trouvera libéré et,

dès lors le fidéjusseur, quoique n'ayant pas fait un véritable paiement, pourra recourir contre lui.

Nous pouvons également supposer que la chose donnée en paiement par le fidéjusseur soit non plus un corps certain, mais de l'argent, des deniers qui ne lui appartiennent pas. Le fidéjusseur peut agir par l'action de mandat, *consumptis nummis*, c'est-à-dire une fois que les deniers ont été consommés. Sans doute, il ne peut pas agir tout de suite, puisque le créancier n'est pas encore devenu propriétaire, et que, par suite, le débiteur n'est pas libéré. Mais, une fois que le créancier a consommé de bonne foi ces derniers, la revendication est éteinte; par suite, l'action *mandati* est fondée, car le débiteur se trouve libéré.

Une femme pouvait se constituer une dot par *dotis dictio*, et généralement ce mode tendait à faire naître une obligation à sa charge, au profit du mari. Mais la *dictio dotis* pouvait servir à réaliser une constitution de dot, par voie de libération. Par exemple, une femme, en épousant un homme qui lui devait 100, lui disait : « *Centum quæ mihi debes tibi doti erunt* ». L'effet de cette *dictio dotis* sera de libérer le débiteur de son obligation antérieure, tout en faisant naître à sa charge une nouvelle obligation *ex dote*. C'est comme si le débiteur avait payé sa créancière, puis reçu d'elle, à titre de dot, la même somme.

Supposons qu'au lieu d'épouser son débiteur, elle épouse le fidéjusseur, et le dote de la même façon. Elle perd son action contre le débiteur, puisqu'elle est censée avoir reçu le paiement du fidéjusseur. Seulement le fidéjusseur aura un recours contre le débiteur principal, absolument comme s'il avait payé ; il n'était pas, en effet, dans l'intention de la femme de libérer ce dernier. D'ailleurs, le fidéjusseur sera lui-même tenu *ex dote* de restituer cette somme à la femme, soit par l'action *rei uxoriæ*, soit par l'action *ex stipulatu*.

Voici une autre hypothèse où le fidéjusseur a un recours sans avoir payé. Je suppose une confusion par réunion dans la même personne des qualités de créancier et de fidéjusseur.

On sait que la confusion, aux yeux des Romains, est assimilée, quant à son effet, au paiement (L. 21, § 1, D. XXXIV, 3 ; 50, D. *de fidej.* ; 41, § 2, D. XXI, 2). La fidéjussion est éteinte. Par exception, dans notre hypothèse, les Romains paraissent avoir discuté si l'on devait admettre l'idée de paiement pour motiver l'extinction de la fidéjussion. La question a de l'intérêt. Si l'on dit que, le fidéjusseur ne faisant plus qu'un avec le créancier, la dette est réputée payée, le débiteur ne pourra pas être poursuivi en vertu de la créance originaire, mais seulement *ex causa mandati*.

Cette solution n'a pas prévalu ; on a admis que la fidéjussion est bien éteinte, mais sans que son extinc-

tion emportât celle de la dette principale. Par conséquent, la personne qui cumule les qualités de créancier et de fidéjusseur pourra poursuivre le débiteur principal en vertu de la créance originaire. C'est ce que décide la loi 21, § 3, D. *de fidej.*, pour le cas où le débiteur principal s'est obligé par stipulation : « *Itaque ex stipulatu potius quam mandati agere debebit* ». Cette décision doit être étendue par identité de motifs, quelle que soit la cause de l'obligation du *reus*.

Le fidéjusseur peut encore recourir contre le *reus*, bien que n'ayant pas payé la dette, lorsqu'il a fait un véritable sacrifice pour procurer à ce dernier sa libération.

Ainsi la loi 18, D. *de fidej.*, autorise le recours du fidéjusseur qui a délégué son propre débiteur au créancier : « *Et ideo si fidejussor debitorem suum delegaverit, quamvis eum qui solvendo non erat, confestim mandati agere potest* ». Sans doute, le fidéjusseur ne donne pas d'argent au créancier, mais il se dépouille d'une créance. Donc il peut recourir par l'action de mandat. Le jurisconsulte applique cette solution quand même le fidéjusseur aurait délégué un débiteur insolvable. Son opinion sans doute est que le créancier, en acceptant une telle délégation, considère comme bon le débiteur qui lui est délégué.

D'ailleurs, le créancier peut, en prévision de cette insolvabilité du délégué, demander au déléguant de faire la délégation à ses risques et périls. Dans ce cas,

le délégataire aura un recours contre le déléguant par l'action de mandat. Il faut alors évidemment appliquer par *a fortiori* la décision du texte, et dire que le fidéjusseur pourra recourir immédiatement contre le débiteur, même avant de subir effectivement les poursuites du créancier. Il est clair en effet qu'il fait un sacrifice plus grand lorsqu'il répond de la solvabilité du délégué, que lorsqu'il n'en répond pas.

Il peut arriver que, sans avoir payé ni fait aucun sacrifice dans l'intérêt du *reus*, sans même lui avoir fait aucune espèce de prestation, le fidéjusseur ait son recours ouvert contre le *reus*. Ce cas comprend trois hypothèses distinctes :

1° Le fidéjusseur a été condamné ;

2° Le fidéjusseur est en mesure de prouver que le débiteur dissipe ses biens et s'achemine à l'insolvabilité ;

3° Il a été convenu au début que le débiteur libèrerait le fidéjusseur à une époque donnée (L. 10, Code IV, XXXV ; L. 38 ; § 1, D. *mandati*).

CHAPITRE III

RECOURS DU FIDÉJUSSEUR CONTRE SES COOBLIGÉS.

Dans les deux anciennes formes du cautionnement *verbis*, c'est-à-dire la *sponsio* et la *fidepromissio*, le recours de la caution contre ses coobligés était moins nécessaire qu'avec la fidéjussion, du moins lorsque le contrat était contracté en Italie. En effet, la loi Furia divisait de plein droit l'obligation entre les *cosponsores* ou *cofidepromissores* vivant lors de l'échéance de la dette. Chaque caution ne payait donc que sa part virile ainsi déterminée. Elle pouvait bien ensuite se la faire rembourser par le débiteur principal, mais il est clair qu'elle n'avait aucun recours contre les autres cautions. Que si, en fait, elle avait payé plus que sa part, par exemple, parce qu'on croyait à tort qu'un *sponsor* était décédé, elle avait un recours contre le créancier lui-même par la *condictio indebiti*, pour ce qu'elle avait payé en trop. Donc, il résultait de la loi Furia qu'il n'y avait pas lieu à des recours entre *cosponsores* ou *cofidepromissores* en Italie.

Si nous nous plaçons maintenant en province, la loi Furia n'y étant pas en vigueur, le créancier pouvait demander le total à l'un quelconque des *cofidepromissores* ou *cosponsores*. Ce dernier pouvait évidemment recourir contre le *reus*, mais ce recours pouvait être illusoire par suite de son insolvabilité. Dès lors, la question de savoir s'il ne pourrait pas recourir contre les autres obligés accessoires, au moins pour partie, se posait avec le plus grand intérêt. La loi Apuleia la résolvait en établissant un rapport de société entre les cautions. Celle qui avait payé le total pouvait donc recourir par l'action *pro socio* contre chacune des autres.

Dans la fidéjussion, les lois Furia et Apuleia n'étaient pas applicables. Donc, d'une part, le fidéjusseur poursuivi devait payer le tout, du moins en nous plaçant avant *l'epistola divi Adriani* qui établit le bénéfice de division, et, d'autre part, il ne pouvait pas recourir, après avoir payé, contre ses cofidéjusseurs. Ainsi, le hasard de la poursuite avait pour résultat de faire supporter par un seul tout le fardeau de la dette et d'en exonérer les autres.

D'autre part, le créancier pouvait avoir obtenu, entre l'engagement accessoire du fidéjusseur, des gages ou hypothèques. Ces sûretés disparaissaient, par l'effet du paiement fait par le fidéjusseur, alors, cependant, qu'il aurait été fort utile de les maintenir.

La pratique romaine s'efforça de combler ces lacu-

nes en accordant au fidéjusseur qui avait payé : 1° les sûretés réelles qui appartenaient au créancier ; 2° un recours contre les cofidéjusseurs. Le moyen employé à cet effet, fut la cession d'actions. Le fidéjusseur qui désintéresse le créancier est réputé, non pas payer la dette, mais acheter les actions du créancier. La somme qu'il verse n'est pas l'objet dû, mais bien le prix d'achat des actions.

Ce bénéfice de cession d'actions est certainement plus ancien que le bénéfice de discussion qui est dû à Adrien, et que le bénéfice de discussion qui n'apparaît que sous Justinien. Le texte le plus ancien qui en fait mention est la loi 17 *D. de fidej.* du jurisconsulte Julien qui vivait sous Adrien. Ce texte nous montre le bénéfice de cession d'actions comme d'un usage courant. Toutefois, ce bénéfice ne peut pas remonter plus haut que le régime formulaire. En effet, il se réalisait au moyen d'une *procuratio in rem suam*. Or, ce procédé était impossible sous les *legis actiones*, à raison de la règle « *nemo alieno nomine lege agere potest* ». D'ailleurs, une fois le régime formulaire en vigueur, il est probable que le bénéfice de cession d'actions fut promptement introduit. A l'appui de cette conjecture, nous invoquons que cette cession ne cause aucun préjudice au créancier. Les autres bénéfices sont gênants pour lui. Lui oppose-t-on le bénéfice de discussion ? Il peut être moins commode pour lui de pour-

suivre le débiteur que le fidéjusseur. Lui oppose-t-on le bénéfice de division ? Il va être obligé de morceler ses poursuites, au lieu de faire payer d'un seul coup. Au contraire, le bénéfice de cession d'actions ne porte pas la moindre atteinte au droit, ni même à l'intérêt, à la commodité du créancier. En effet, la condition, pour qu'il soit accordé, c'est le paiement intégral de l'obligation. Or, ce paiement aurait pour résultat d'éteindre toutes les actions du créancier. Dès lors, rien de plus naturel que la cession faite par celui-ci au fidéjusseur, qui le désintéresse complètement des actions qui ne peuvent plus lui servir à rien à lui-même, et qui sont fort utiles au fidéjusseur. Cette simple remarque nous autorise à croire que le bénéfice de cession d'actions a dû apparaître promptement à Rome, aussitôt que la procédure le permit.

Le bénéfice de cession d'actions est invoqué sous la forme d'une exception de dol. Sans doute, le fidéjusseur peut aussi opposer une exception *in factum* conçue en ces termes : « *Nisi cessæ fuerint actiones* », mais cette exception *cedendarum actionum* est considérée par les Romains comme rentrant dans l'exception du dol. Il en résulte que l'exception de cession d'actions est prétorienne, nommée, fondée sur l'équité, *rei coherens*, et perpétuelle ou péremptoire.

Quant à la forme dans laquelle seront cédées les actions vendues, on appliquait le procédé de la *procu-*

ratio in rem suam. De cette façon, le fidéjusseur qui avait payé, pouvait recourir contre les personnes suivantes :

1^o Contre les tiers qui avaient entre les mains des choses hypothéquées à la dette. Par exemple, le débiteur principal a aliéné une chose qu'il avait hypothéquée à la dette. Le fidéjusseur se fera céder par le créancier l'action *quasi servienne* qui lui permettra de recourir contre le tiers détenteur et de le mettre en demeure soit de lui abandonner la chose, soit de le rembourser (L. 14, C. VIII, 41).

D'ailleurs, il faut remarquer que cette décision, vraie à l'époque classique, ne l'est plus dans le droit de Justinien, depuis la nouvelle 4. Dans cette nouvelle, Justinien donna le bénéfice de discussion aux détenteurs de choses hypothéquées. Ceux-ci purent dès lors faire discuter, non seulement le débiteur principal, mais encore tous ceux qui étaient personnellement obligés, notamment les fidéjusseurs. Justinien aime mieux faire retomber le poids de la dette sur le fidéjusseur obligé personnellement, que sur le tiers détenteur. Par conséquent, à partir de cette nouvelle, il est clair que, si le fidéjusseur est poursuivi le premier, il ne peut pas se faire céder utilement l'action hypothécaire que le créancier avait contre le tiers détenteur.

2^o Contre les cofidéjusseurs. C'est ici surtout que la cession des actions était le plus utile, car, s'il était

rare qu'on reçût à la fois des hypothèques et un fidéjusseur, il arrivait, au contraire, fréquemment, qu'une dette fût cautionnée par plusieurs. Or, il n'y a aucun lien entre les cofidéjusseurs. Celui qui paie ne fait pas l'affaire des autres, mais bien celle du *reus principalis*. Donc, il n'a, contre les autres fidéjusseurs, ni l'action de mandat, ni l'action *negotiorum gestorum*, ni l'action *pro socio*. La cession des actions du créancier était donc indispensable pour lui permettre de recourir contre ses cofidéjusseurs (L. 39, D. *de fidejus.*).

Concentrons maintenant notre attention sur le recours du fidéjusseur contre ses coobligés. Nous verrons, dans le chapitre suivant, le recours exercé par le fidéjusseur sur les choses affectées, par gage ou hypothèque, à la sûreté de la dette.

Nous avons dit que c'est au moyen de la cession des actions que le fidéjusseur peut recourir contre ses cofidéjusseurs. A quel moment cette cession doit-elle être opérée? La règle est que la cession d'actions doit être réalisée, ou tout au moins convenue avant le paiement. Ainsi on peut ne pas faire effectuer la cession et se contenter, avant le paiement, d'une convention de céder.

A. — Envisageons d'abord le cas d'une cession amiable. Il faut que cette cession précède le paiement ou qu'elle intervienne à la suite du paiement en exécution d'une convention de cession antérieure.

Prenons d'abord le cas où la cession précède le paie-

ment. Le fidéjusseur, à qui le créancier vient réclamer le paiement, déclare qu'il est disposé à payer, mais qu'il veut d'abord que le créancier lui cède ses actions. Dans ces conditions, il est clair que le créancier s'empressera d'opérer la cession. S'il s'y refuse, c'est qu'il tient pour insuffisantes les offres du fidéjusseur, qu'il n'est pas d'accord avec lui sur la quantité due.

Mais comment les actions cédées vont-elles produire effet, étant donné qu'elles vont être suivies du paiement ? En payant, le fidéjusseur éteint la dette, et, par suite, les actions du créancier.

Dès lors, comment la cession peut-elle avoir son effet ?

Les Romains répondent que le créancier ne reçoit pas du fidéjusseur la somme due à titre de paiement, mais à titre de prix de vente des actions cédées : « *Non enim in solutum accipit, sed quodam modo nomen debitoris vendidit, et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum ut præstet actiones* (Paul, L. 36, D. de fid.) ». Cette explication de la cession d'actions n'est pas particulière à l'hypothèse où c'est le fidéjusseur qui paie la dette : elle est générale et s'applique dans tous les cas où la cession d'actions est faite comme condition d'un paiement. Ainsi, dans la loi 21, D. XXVII, 3, il s'agit de plusieurs tuteurs qui ont eu à gérer la même tutelle. Chacun est responsable, pour le tout, de la gestion envers le pupille. Si l'un d'eux se fait céder, par ce dernier, ses actions en le désintéres-

sant, cette cession est valable « *quia nominis pretium solutum videtur* ».

De même, dans la loi V, pr. D. L. 45, Papinien suppose que plusieurs personnes possèdent ensemble un fonds soumis au *tributum*. Le fise ne voulant pas s'attarder à poursuivre chacun des possesseurs pour sa quote-part, se reconnaît le droit de poursuivre l'un d'entre eux *in solidum*. Celui qui paie demande au fise la cession de ses actions et l'obtient : le texte dit que cette cession est valable, bien que le fise ait reçu son paiement, « *quia nominum venditorum pretium acceptum videtur* ».

Voyons maintenant le cas où la cession est faite après le paiement, mais en vertu d'une convention antérieure au paiement, ayant pour objet la cession des actions. Les textes nous disent que, même dans cette hypothèse, la cession est possible. Il y a une vente que le créancier fait de ses droits au fidéjusseur. Cette vente se réalisera plus tard, par une *procuratio in rem suam*. Or, cette vente est un contrat obligatoire ; le créancier s'oblige à céder ses actions et à les conserver jusqu'à la réalisation de la cession. Donc, en recevant le paiement, il entend, non pas recevoir le paiement de sa créance, ce qui rendrait impossible la cession dont il est débiteur, mais le paiement du prix de cette vente. Nous citerons en ce sens, la loi 76, D. 46, 3. Ce texte suppose le paiement fait à un pupille par le fidéjusseur d'un tuteur ou par un cotuteur. Le pupille créancier

doit céder ses actions à ce fidéjusseur ou à ce cotuteur. Il décide que les actions peuvent être cédées, même après le paiement, s'il a été convenu auparavant que les actions seront cédées « *quum convenisset ante solutionem, ut mandarentur actiones* ».

On fait quelquefois à la nécessité de céder formellement les actions avant le paiement, l'objection suivante. Dans le dernier état du droit classique, lorsqu'une cession d'actions est due, elle doit être sous-entendue et tenue pour faite, et l'action due peut être, sans cession réelle, exercée par le créancier à titre d'action utile. C'est ainsi, par exemple, qu'on permettait à l'acheteur d'une hérédité d'exercer les actions héréditaires activement et passivement à titre d'actions utiles (L. 16, pr. D. *de pactis*), ou qu'on permettait au légataire d'une créance d'exercer, à titre d'actions utiles, l'action de la créance contre le débiteur héréditaire. Je répons que cette prétendue règle ne s'applique pas dans les cas où la cession d'actions est la condition d'un paiement à obtenir. On comprend qu'on protège le légataire contre la mauvaise volonté de l'héritier, l'acheteur d'une hérédité contre la mauvaise volonté du vendeur : mais il n'était pas nécessaire de protéger le fidéjusseur contre la mauvaise volonté du créancier. La meilleure protection pour lui, c'est son droit de refuser le paiement au créancier, tant que celui-ci ne lui a pas cédé les actions.

B. — Voyons maintenant le cas où le paiement et la cession ne se font plus à l'amiable entre le créancier et le fidéjusseur. Celui-ci est poursuivi par le créancier, et se trouve avec lui *in jure* devant le magistrat.

Si le fidéjusseur offre de payer le tout, moyennant la cession des actions du créancier, et que celui-ci accepte cette offre, pas de difficulté, on retombe dans la précédente hypothèse.

Supposons donc que des difficultés se présentent *in jure*. Par exemple, le créancier refuse le paiement en disant qu'il n'est pas identique à la chose due, soit quant à la nature de cette chose, soit quant à la quotité; ou bien encore, c'est le fidéjusseur qui conteste, soit l'existence de la dette, soit sa qualité de fidéjusseur.

a). S'il est clair pour le magistrat que le créancier a tort de refuser les offres du fidéjusseur, il lui refusera la formule. Devant cette attitude du magistrat, il est clair que le créancier s'empressera de céder ses actions, et de recevoir ce que lui offre le fidéjusseur.

b). Si le magistrat ne possède pas les éléments nécessaires pour résoudre les difficultés soulevées par les parties, il délivrera la formule en y insérant l'exception de dol. Mais ici se présente une grave difficulté. Comment la cession des actions du créancier pourra-t-elle être faite *in judicio*, étant donné que la *litis contestatio* les a éteintes. Voici, à notre avis, comment on sor-

tail d'embarras. *In jure*, le créancier faisait, sur l'ordre du magistrat, et à peine de se voir refuser la formule, ou d'échouer contre l'exception de dol, la cession de ses actions *sub conditione*, c'est-à-dire sous la condition que le fidéjusseur lui payera tout ce que le juge reconnaîtra dû. Si le créancier consentait à faire cette cession conditionnelle, il n'y avait pas lieu à l'insertion de l'exception de dol. Il y a là un point du droit romain demeuré obscur, et cela tient sans doute à ce que les textes qui réglaient ce point, n'ont pas été insérés par Justinien au Digeste : ils ne présentaient plus aucun intérêt sous ce prince, par suite de la suppression de l'effet extinctif de la *litis contestatio*.

Voyons maintenant l'étendue du bénéfice de cession d'actions. Le principe est que le créancier n'est pas tenu de conserver ses actions pour les céder au fidéjusseur. La fidéjussion est en effet un contrat unilatéral : le fidéjusseur est tenu envers le créancier, mais celui-ci ne doit rien au fidéjusseur : il peut donc laisser périr ses actions, ou même les détruire sans profit pour personne (L. 15, § 1, *de fidej.*). Ainsi un créancier qui a reçu deux fidéjusseurs, *Primus* et *Secundus*, pour la garantie d'une somme de 20, touche de *Primus* une somme de 5, moyennant laquelle il lui accorde sa libération. Le créancier n'en pourra pas moins poursuivre *Secundus* pour tout ce qui reste dû, c'est-à-dire pour 15 : il ne sera repoussé par aucune exception. Et pourtant *Secundus* se trouve mis dans l'impossibilité, par

suite du pacte *de non petendo* accordé à *Primus*, de recourir contre ce dernier : sa charge se trouve finalement aggravée par le fait du créancier (L. 15, § 1. D. *de fidej.*).

Il y a sur cette dernière loi une légère difficulté de texte. Les éditions ordinaires portent : « *Si ex duobus, qui apud te fidejusserant in viginti, alter, ne ab eo peteres, quinque tibi dederit vel promiserit, nec alter liberabitur, et si ab altero quindecim petere instituturis, nulla exceptione summo-veris. Reliqua autem quinque si a priore fidejussore petere institueris, doli mali exceptione summo-veris.* »

Ainsi *Secundus*, l'autre fidéjusseur, est poursuivi pour 15 : mais, pourquoi le créancier ne le poursuit-il pas pour 20 ? Il semble qu'il en aurait le droit, car les 5 payés par *Primus* n'ont pas été, dans la pensée des parties, un à-compte sur la créance, mais le prix de la renonciation du créancier à l'obligation accessoire de *Primus*, en un mot, l'équivalent d'une sûreté perdue.

Il y a là évidemment une décision de faveur analogue à celle de notre art. 1288. Au reste, cette règle était plus nécessaire en droit romain qu'en droit français, parce que le fidéjusseur qui a acheté sa libération, en donnant 5, aggrave la position de son cofidéjusseur.

En droit français, on considère la division comme faite par le créancier lui-même, et on ne donnera recours

au créancier, contre *Secundus*, que pour 10, même si *Primus* était insolvable avant l'arrangement intervenu entre le créancier et *Primus*.

D'ailleurs, nous ne pensons pas, à la différence de ce qui a eu lieu en droit français, d'après l'art. 1288, que le paiement fait par *Primus*, pour prix de sa libération, diminue les droits du créancier vis-à-vis du *reus principalis*. En d'autres termes, il n'aura pas à imputer sur sa créance les 5 qu'il a reçus de *Primus*, et il pourra réclamer 20 au *reus*.

En disant que le créancier pourra demander 15 au cofidéjusseur *Secundus*, sans crainte de se voir repoussé par une exception, le jurisconsulte entend trois choses :

1^o Le créancier ne sera pas repoussé par l'exception *pacti conventi*, c'est-à-dire que le cofidéjusseur *Secundus* ne pourra pas opposer au créancier le pacte de *non petendo* consenti à son cofidéjusseur *Primus*. Il ne pourra pas davantage opposer l'exception de dol :

2^o *Secundus* ne pourra pas non plus prétendre que sans ce pacte il aurait pu, grâce au bénéfice de division, ne payer que 10 :

3^o Enfin, il ne pourra pas objecter que, si ce pacte de *non petendo* n'était pas intervenu, il aurait pu se faire céder, par le créancier, ses actions, à l'effet de poursuivre son cofidéjusseur *Primus* pour 10. En effet, le créancier est bien obligé de céder au fidéjus-

seur les actions qu'il a au moment où il reçoit de lui le paiement; mais il n'est pas obligé de conserver ses actions pour les lui céder, car la fidéjussion n'est pas un contrat synallagmatique; elle n'oblige le créancier à rien vis-à-vis du fidéjusseur. Jusqu'ici il n'y a pas de difficulté. Au contraire, on n'est pas d'accord sur l'interprétation à donner à la dernière phrase: « *Reliqua autem, etc.* »

A notre avis, le jurisconsulte s'occupe ici non plus du fidéjusseur étranger au pacte, mais du cofidéjusseur qui y a été partie, qui en est le bénéficiaire. Le créancier, à qui il reste dû 15, prend le parti de ne pas les demander pour le tout, comme il en aurait le droit, à *Secundus*, et de réclamer 10 seulement à *Secundus*, et 5 à *Primus*. Notre texte déclare que *Primus* le repoussera par l'exception de dol.

Mommсен lit le texte autrement. Il retranche les mots « *a priore fidejussore* », et entend dès lors le texte de la façon suivante : Si le créancier, après avoir reçu 15 de *Secundus*, agit ensuite contre le même *Secundus* pour obtenir les 5 qu'il a déjà reçus de *Primus*, il sera repoussé par l'exception de dol. Nous repoussons cette modification. Les manuscrits ne l'autorisent pas. D'ailleurs les Basiliques posent l'hypothèse comme nous l'avons fait (Basil., L. 26, tit. 1, D. 15).

Quelles sont les conditions auxquelles le fidéjusseur peut demander au créancier la cession des actions ? Il faut : 1° Qu'il demande cette cession ; 2° Qu'il paie la

totalité de la dette. C'est ce qui nous est dit dans la loi 11, Code *de fidej.*, VIII, 41 : « *Cum alter ex fidejussoribus in solidum debito satisfaciat, actio ei adversus eum, qui una fidejussit, non competit. Potuisti sane, quum fisco solveres, desiderare, ut jus pignoris, quod fiscus habuit, in te transferretur ; et si hoc ita factum est, cessis actionibus uti poteris. Quod et in privatis debitoribus observandum est* ».

Nous trouvons là la confirmation des deux conditions que nous avons indiquées. Si nous n'avions sur la matière du recours du fidéjusseur que ce seul texte, on pourrait être induit en erreur à raison de la première phrase, et croire que la seule cession d'action possible est celle qui a pour objet les gages et hypothèques, et que le fidéjusseur ne peut obtenir la cession des actions du créancier contre ses cofidéjusseurs. Mais il suffit, pour être assuré du contraire, de se reporter à la loi 17, D. *de fidej.*, aux termes de laquelle « on a l'habitude de venir au secours des fidéjusseurs, de telle manière que le créancier est obligé de céder les actions qu'il a contre les autres fidéjusseurs, à celui qui est prêt à payer la totalité ».

Pour quel motif faut-il que le fidéjusseur paie la totalité de la dette, pour obtenir la cession des actions ? Cela paraît au premier abord étrange : il semble que celui qui fait un paiement partiel doive obtenir la cession des actions pour partie ; du moment qu'un fidé-

jusseur a payé plus que sa part, il devrait pouvoir, paraît-il, se faire céder les actions pour recourir dans la mesure de ce qu'il a payé en trop. Pour expliquer cette décision, nous devons remarquer que les Romains, lorsqu'ils parlent de la cession d'actions, ont généralement en vue le cas où le créancier a des sûretés réelles, gages ou hypothèques.

Ceci posé, nous pouvons donner deux raisons de cette condition du paiement total :

1° Si le fidéjusseur qui ne paie qu'une partie, avait droit à la cession des actions, il se trouverait en concours avec le créancier, en ce qui touche les gages et hypothèques. Chez nous, ce résultat est évité par la règle « *nemo censetur subrogasse contra se* » que nous trouvons formulée dans l'art. 1252, C. civ. Mais cette règle n'existait pas à Rome. Donc, si le créancier avait dû céder ses actions au fidéjusseur, qui ne lui offrait pas un paiement intégral, il aurait été exposé, pour le reliquat de sa créance, à subir le concours du fidéjusseur. Or la cession des actions peut bien être imposée au créancier, lorsque ces actions ne lui sont pas utiles, mais il aurait été inique de lui arracher des sûretés dont il a besoin pour obtenir son complet désintéressement à lui-même.

2° A Rome, le *jus distrahendi* ou droit de vendre n'appartient d'une façon efficace qu'au créancier premier en date ; c'est lui seul qui peut, en vendant, transférer à l'acheteur un droit ferme et inattaquable.

On a dès lors considéré que, si le fidéjusseur pouvait se faire céder les actions du créancier pour partie, ils auraient également, l'un et l'autre, le droit de vendre; cela aurait engendré des complications et de grandes difficultés. Pour les éviter, on décida que le fidéjusseur, qui ne paie pas le tout, ne pourra pas se faire céder les droits du créancier.

Quel est le montant du recours exercé par un fidéjusseur contre un autre? Pas de difficulté s'il n'y a que deux fidéjusseurs. Soit une dette de 20 et deux fidéjusseurs, *Primus* et *Secundus*. *Primus* paie 20, en se faisant céder les actions du créancier; il pourra agir contre *Secundus* pour 10.

Mais, supposons quatre fidéjusseurs : *Primus* paie 20; peut-il recourir contre l'un quelconque des autres pour 15, ou doit-il fractionner sa poursuite et ne demander que 5 à chacun? Nous n'avons pas de texte sur ce point. Néanmoins nous pensons qu'on appliquait la deuxième décision. En effet, le fidéjusseur qui a payé, ne saurait avoir plus de droits que son cédant. Or, le créancier aurait pu, sans doute, en théorie, demander tout le reste de la dette, c'est-à-dire 15, à chacun des autres fidéjusseurs; mais pratiquement, il aurait échoué devant le bénéfice de division. En fait, il devait diviser sa poursuite et ne demander que 5 à chacun des fidéjusseurs, en les supposant, bien entendu, tous solvables. S'il y a un fidéjusseur insolvable, son quart doit se répartir également entre l'auteur du

paiement et les deux autres fidéjusseurs solvables. C'est toujours l'application de la même idée : celui qui a payé ne peut demander aux autres que ce que le créancier lui-même aurait pu leur demander d'une façon efficace, c'est-à-dire sans se heurter au bénéfice de division.

CHAPITRE IV

RECOURS DU FIDÉJUSSEUR SUR LES CHOSSES GREVÉES DE GAGES OU D'HYPOTHÈQUES.

Le fidéjusseur peut, au moyen des actions qui lui sont cédées par le créancier, d'après les règles vues au chapitre précédent, exercer les droits de gages et d'hypothèques qui appartenaien à son cédant : « *Pignora etenim quæ reo stipulandi nexa fuerunt, ita demum ad vos transeunt, si facta nominis redemptione solutio celebrata est, vobisque mandatae sunt actiones* (14, C. VIII. 41) ».

Remarquons que la difficulté que nous avons signalée à la section précédente, relativement à la cession *in judicio* des actions personnelles du créancier, ne se présente pas en ce qui touche les droits de gage ou d'hypothèque. Ces droits, en effet, ne sont pas éteints par la *litis contestatio* : c'est ce que les jurisconsultes expliquent par la formule « *hypotheca habet suas conditiones* ». (L. 13, § 4, *de pig. et hyp.*)

Un créancier a reçu du débiteur un fidéjusseur et une hypothèque ou un gage. Cette hypothèque garantit non

seulement la dette à laquelle a accédé le fidéjusseur, mais encore une autre dette. Qu'est-ce que doit payer le fidéjusseur, pour obtenir la cession du gage ou de l'hypothèque ?

La loi 2, Code *de fid.*, décide qu'il doit payer non seulement la dette qu'il a garantie, mais aussi les autres dettes : « *Quum in alia quoque causa eadem pignora vel hypothecas habet obligatus, non prius compellendus est transferre pignora, quam omne debitum exolvetur* ». Pour expliquer cette décision, nous distinguons deux cas :

1° La dette garantie par le fidéjusseur est la première. Si le fidéjusseur pouvait obtenir, dans ce cas, la cession de l'hypothèque, il serait préféré au créancier, relativement à l'action hypothécaire. On comprend que le créancier ne veuille pas se mettre à la discrétion du fidéjusseur :

2° La dette garantie par le fidéjusseur est la seconde. Le même motif n'existe pas, car le créancier conserve le premier rang, en cédant au fidéjusseur sa seconde hypothèque. Mais le fidéjusseur cessionnaire, devenu créancier hypothécaire, peut vendre. Sans doute le créancier cédant pourrait méconnaître cette vente, déclarant qu'elle ne lui est pas opposable, mais il faudrait pour cela, agir en justice, fournir des preuves, subir un procès ; cela lui occasionnerait des embarras et des frais auxquels il peut très légitimement ne pas vouloir s'exposer.

Si le créancier laisse périr son hypothèque par suite d'une *præscriptio longis temporis*, réalisée au profit d'un tiers acquéreur de bonne foi, le fidéjusseur pourra-t-il lui refuser le paiement? Ou bien encore, sans laisser périr complètement son hypothèque, le créancier n'en tire qu'un avantage insuffisant; par exemple, la dette est de 100, et la chose hypothéquée a une valeur égale; mais le créancier vend le bien à vil prix, par exemple moyennant 25; pourra-t-il, néanmoins, exiger du fidéjusseur les 75 qui lui restent dus? Nous nous bornons à signaler ici ces questions, car nous les retrouverons dans le chapitre II de notre seconde partie.

DEUXIÈME PARTIE

DES CAS OÙ LE FIDÉJUSSEUR NE PEUT PAS RECOURIR

CHAPITRE PREMIER

DES CAS OÙ LE FIDÉJUSSEUR EST DÉCHU DE SON RECOURS.

Nous allons signaler maintenant des cas où le droit de recours a été acquis au fidéjusseur, mais a été ensuite perdu par lui; en un mot, des cas où le fidéjusseur est déchu de son recours.

1° Le fidéjusseur a payé sans avertir le débiteur, de telle sorte que celui-ci a ensuite payé la dette éteinte. Il ne pourra pas se faire rembourser par le *reus*. Toutefois, celui-ci devra, par raison d'équité, céder à son fidéjusseur la *condictio indebiti* que lui a fait acquérir contre le créancier le paiement indu. Cette action ne lui est plus utile à lui-même, puisqu'il est libéré, mais elle sera fort utile au fidéjusseur. Si le créancier est solvable, le fidéjusseur n'aura rien perdu. S'il est insolvable, tant pis pour le fidéjusseur: il est équitable

de lui imposer le poids de cette insolvabilité, puisqu'il a été imprudent en payant sans avertir le *reus*, plutôt que de la faire supporter par le *reus* qui est exempt de toute faute (L. 29, § 4, D. *mandati*).

2^o Le fidéjusseur, poursuivi en justice par le créancier, néglige d'opposer une exception et succombe. Il pourrait former appel contre la sentence de condamnation : il n'en fait rien. Il sera déchu de son recours : « *Fidejussorem exceptione munitum, et injuria judicis damnatum, et appellatione contra bonam fidem minime usum, non posse mandati agere manifestum est* (L. 10, C. *mandati*). » Il a en effet commis une faute qui touche un peu au dol.

Toutefois, cette décision est trop absolue, et doit être rectifiée par ce qui est dit à la loi 8, § 8, D. *mandati*. Ulpien distingue, dans ce texte, si le défaut d'appel est imputable à la mauvaise foi du fidéjusseur. L'appel en effet était fort périlleux à Rome. Celui qui succombait en appel encourait une peine généralement égale au tiers de l'intérêt en litige. Par conséquent, il est possible que le fidéjusseur ait reculé devant ce danger. Dans ce cas, il n'y a aucune faute à lui reprocher, et il ne sera pas déchu de son recours.

Le fidéjusseur qui, pouvant se prévaloir d'un moyen de défense, ne l'oppose pas et paie, pourra-t-il recourir contre le *reus* ? Distinguons si ce moyen est une exception ou un moyen de défense proprement dit.

1^{er} cas. — Le moyen négligé par le fidéjusseur est

une exception. Distinguons selon que l'exception est née *ex persona rei* ou *ex persona fidejussoris*.

A. — L'exception est née *ex persona rei principalis*.

Cette hypothèse doit être décomposée en deux, selon qu'il s'agit d'une exception péremptoire ou dilatoire.

a). Le fidéjusseur a omis une exception péremptoire.

Si on appliquait les principes ordinaires de la *condictio indebiti*, on dirait qu'il y a eu paiement indu, car c'est ne pas devoir que de n'être tenu qu'en vertu d'une obligation ainsi paralysée. Les jurisconsultes romains s'écartent ici de cette règle et ramènent ce cas à une question de faute.

a). Le fidéjusseur a-t-il connu l'exception? Il est en faute de ne l'avoir pas opposée, et dès lors il ne pourra pas recourir contre le *reus*. Il sera réduit à intenter la *condictio indebiti* contre le créancier, moyen qui sera peut-être illusoire par suite de l'insolvabilité de ce dernier. Mais comment expliquer ce recours du fidéjusseur? Il semble qu'il manque l'une des conditions exigées pour la *condictio indebiti*, à savoir l'erreur du *solvens*. Nous répondons que le fidéjusseur n'a pas payé ici dans l'intention de gratifier le créancier, *animo donandi*.

Au reste, nous pouvons citer deux cas où la répétition ne sera pas possible :

1° Quand il s'agit d'une exception qui est donnée *odio creditoris*, telle que l'exception du *senatus-consulte Macédonien*. Ainsi, le fidéjusseur qui aurait cautionné un emprunt fait par un fils de famille, et qui aurait sciemment payé, sans opposer cette exception, serait dénué de tout recours :

2° Lorsqu'il a payé en exécution d'une condamnation. On sait en effet que la *condictio indebiti* n'est pas donnée quand le paiement a été fait en vertu d'une obligation qui croit au double *adversus infitiantem*. Or, l'action *judicati* est une de ces actions exceptionnelles qui entraînent condamnation au double contre le défendeur qui nie son obligation (L. 29, § 5, D. *mandati*).

b) Si au contraire le fidéjusseur a ignoré l'exception, il n'y a rien à lui reprocher. La faute est au *reus principalis*, qui aurait dû informer son fidéjusseur afin de l'empêcher de payer par erreur : s'il ne l'a pas fait, tant pis pour lui, il sera soumis au recours du fidéjusseur. Il est évident d'ailleurs que le *reus* ne perdra pas pour cela le bénéfice de l'exception, et que le créancier ne va pas réaliser un enrichissement par suite de l'erreur du fidéjusseur. Le *reus*, en remboursant le fidéjusseur, se fera céder la *condictio indebiti*, que ce dernier a contre le créancier. Mais à quoi bon, dira-t-on, obliger le *reus* à désintéresser le fidéjusseur, en lui permettant de recourir ensuite contre le créancier par la *condictio indebiti* qui est née en la personne du

fidéjusseur ? Ne serait-il pas plus simple de donner ce recours au fidéjusseur, en laissant ce dernier répéter lui-même l'indû ? L'intérêt de la question existe au cas d'insolvabilité du créancier. Notre décision a pour résultat d'épargner au fidéjusseur, la perte provenant de cette insolvabilité, pour la faire supporter par le *reus*. Cette solution est équitable, puisque c'est le *reus* et non le fidéjusseur qui est en faute.

Il est fait application de ces principes dans la loi 29, pr. D. *mandati* : « *Si fidejussor conventus, quum ignoraret non fuisse debitori numeratam pecuniam, solverit ex causa fidejussionis, an mandati iudicio persequi possit id quod solverit, queritur? Et si quidem sciens prætermiserit exceptionem vel doli, vel non numeratæ pecuniæ, videtur dolo versari. Dissoluta enim negligentia prope dolum est. Ubi vero ignoravit, nihil, quod ei imputetur.* »

Ulpien, dans ce texte, prévoit l'hypothèse où un créancier agit contre le fidéjusseur pour lui demander de l'argent qu'en réalité il n'a pas compté au débiteur. Cette situation d'un fidéjusseur cautionnant un prêt où il n'y a pas eu de versement d'espèces, nous paraît bizarre. Il suffit, pour le comprendre, de se rappeler un certain usage des Romains. Lorsqu'une personne voulait faire un prêt, elle stipulait généralement l'objet prêté, et le promettant se trouvait immédiatement obligé, quand bien même, en fait, les deniers n'auraient pas été comptés ensuite. Seulement le promettant a une

exception, l'exception *non numeratæ pecuniæ*, ou l'exception de dol pour repousser le créancier. L'exception *non numeratæ pecuniæ* avait, du moins à partir des empereurs du III^e siècle, ce grand avantage sur l'exception de dol, qu'elle transportait le fardeau de la preuve sur le réclamant.

b). L'exception omise par le fidéjusseur est une exception dilatoire. Dans la même loi 29, § 4, *mandati*, Ulpien suppose que le fidéjusseur est poursuivi en justice, non par le créancier lui-même, mais par un *procurator*, et que ce *procurator* est incapable. Nous savons, en effet, que certaines personnes, telles que les femmes, les militaires, les personnes infirmes, ne pouvaient pas remplir ce rôle. Le fidéjusseur pouvait lui opposer l'*exceptio procuratoria*, mais il a négligé de le faire. Ulpien décide qu'en cela il n'est pas coupable de dol, quand même il aurait connu l'incapacité du *procurator*. En effet, il s'agit, dans les rapports entre le fidéjusseur et le débiteur, rapports qui se règlent par l'action *mandati*, d'une question de bonne foi. Or, il ne convient pas à la bonne foi de discuter sur les chicanes du droit, mais seulement sur le point de savoir si le *reus principalis* doit ou ne doit pas : « *De bona fide enim agitur, cui non congruit de apicibus juris disputare, sed de hoc tantum debitor fuerit, necne* ».

Nous pensons qu'il faut étendre la même décision aux exceptions *litis dividuæ* et *rei residuæ*. De pareils

moyens ne viennent pas d'un homme de bonne foi : ils ne sont inspirés que par l'esprit de chicane, l'intention de trainer la procédure en longueur et de retarder le paiement d'une obligation que l'on sait parfaitement exister.

Nous rapprocherons de ce cas celui où le créancier, postérieurement à l'engagement du *reus* et du fidéjusseur, a accordé au *reus* un pacte de *non petendo intra diem*, c'est-à-dire a déclaré qu'il n'exercerait pas de poursuite pendant un certain temps. Le fidéjusseur poursuivi avant l'expiration du délai avait l'exception *pacti conventi*. Bien qu'il eût connaissance du pacte il n'a pas opposé cette exception au créancier. Nous pensons qu'il a commis alors un certain dol. Toutefois, nous ne lui refuserons pas d'une façon absolue l'action *mandati*. Nous retarderons seulement cette action jusqu'à l'échéance du délai.

B. — L'exception est née *ex persona fidejussoris* (L. 10, § 12, D. *mandati*).

Il faut distinguer deux cas selon que l'exception est propre au fidéjusseur, ou qu'au contraire le *reus* peut lui-même l'invoquer.

Si l'exception est propre au fidéjusseur, il est clair que le *reus* ne peut pas faire un grief au fidéjusseur de ne pas l'avoir invoquée : il restera donc soumis au recours.

Si l'exception est née en la personne du fidéjusseur,

nous pensons que le fidéjusseur doit l'opposer s'il la connaît : s'il ne le fait pas, il sera déchu de tout recours contre le débiteur. Nous nous appuyons sur les lois 15 pr. et 32 D. *de fidej.* Ces textes nous disent que, lorsqu'une exception est née en la personne du *reus*, et appartient par voie de conséquence au fidéjusseur, le *reus* ne peut pas empêcher le fidéjusseur de l'opposer au créancier. Donc, réciproquement, lorsqu'une exception, née en la personne du fidéjusseur, appartient par contrecoup au *reus*, il en doit être de même, c'est-à-dire que le fidéjusseur ne saurait en enlever le bénéfice au débiteur. Il doit donc les opposer, à peine de perdre son recours contre le *reus*. Toutefois, nous apporterons avec Ulpien (L. 10, § 12, D. *mandati*) une restriction à cette solution, lorsqu'il s'agit d'une exception *minus honesta*, c'est-à-dire une exception qu'il est peu honorable d'opposer. Le *reus* ne saurait faire un grief au fidéjusseur de n'avoir pas obtenu son absolution, dans la poursuite du créancier, par des moyens qui répugnent à la conscience d'un honnête homme.

2^e cas. — Le moyen négligé par le fidéjusseur est un moyen de défense au fond. Par exemple, l'obligation était éteinte par l'effet du paiement opéré par le débiteur principal. Ce paiement a éteint l'obligation *ipso jure* et engendre un moyen de défense au profit de tous les coobligés. Négligeant ce moyen, le fidéjusseur a payé, peut-il recourir contre le débiteur principal ? Nous appuyant sur la loi 29, §§ 1 et 2, D. *mandati*, nous

distinguerons selon que le fidéjusseur était ou non dans l'ignorance du moyen de défense, par la faute du débiteur principal. Celui-ci a-t-il oublié, après avoir effectué le paiement, d'en aviser le fidéjusseur ? Il sera exposé au recours de son garant, sauf, bien entendu, son droit de répéter par la *condictio indebiti* que lui cédera le fidéjusseur, le second paiement touché par le créancier ; tant pis pour lui, si le créancier est insolvable, il supporte la peine de sa négligence. Mais si le fidéjusseur a été mis au courant du paiement effectué, c'est lui qui s'est rendu coupable de négligence ; il sera donc déchu de tout recours contre le débiteur principal, et sera réduit à une *condictio indebiti* contre le créancier.

La cession des actions n'a pas été faite ; le fidéjusseur ne l'a pas demandée, et il a été condamné. Sans doute il ne peut pas, au moment d'exécuter la condamnation, se faire céder par le créancier, ses actions personnelles, puisqu'elles ont été éteintes par l'effet extinctif de la *litis contestatio*.

Mais ne pourra-t-il pas du moins se faire céder les gages et hypothèques du créancier, qui ont échappé à cette extinction ? Sans doute, le créancier avait la faculté d'opérer cette cession ; mais, en l'absence de textes formels, nous n'osons pas dire qu'il en avait l'obligation.

En nous plaçant sous Justinien, nous généraliserons la question précédente. A cette époque, la *litis contestatio* n'éteint plus les droits ; les actions, même personnelles, du créancier subsistent. Le fidéjusseur peut-il, avant d'exécuter la condamnation, demander au créancier de lui céder non seulement les gages, mais encore les actions *in personam* ? Ici encore nous pensons que le créancier avait la faculté de céder ses actions, même personnelles, mais nous ne croyons pas que le fidéjusseur eût un moyen de l'y contraindre. En effet, c'est par voie d'exception que la cession d'actions peut être demandée. Or, les exceptions doivent être opposées en justice ; elles sont perdues une fois qu'un jugement est venu terminer l'instance.

CHAPITRE II

CAS OU LE FIDÉJUSSEUR N'A PAS DE RECOURS.

Nous devons indiquer maintenant les cas où le fidéjusseur est dépourvu de tout recours.

1^{er} cas. — Le fidéjusseur s'est engagé *in rem suam*, c'est-à-dire qu'au fond il est le principal intéressé à la dette. Dans ce cas, les textes disent que le fidéjusseur est tenu *pro reo*, c'est-à-dire que c'est lui qui doit supporter la dette (L. 24, D. II, 14). Cela signifie : 1^o que le fidéjusseur qui a payé n'a pas de recours contre le *reus* ; 2^o que le *reus* qui a payé a un recours contre la fidéjusseur. — Ce cas est plus pratique qu'on ne pourrait le croire au premier abord. A raison du principe prohibitif de la représentation, le mandant était souvent amené à se porter fidéjusseur de son mandataire.

2^e cas. — Le fidéjusseur s'est engagé en vue de gratifier le débiteur principal, *animo donandi*. Cette hypothèse est prévue dans un grand nombre de textes, notamment dans la loi 6, § 2, D. XVII, 1. Dans ce cas la

donation que le fidéjusseur a entendu faire ne deviendra parfaite que lorsqu'il aura payé. En effet, si le fidéjusseur ne paie pas, il aura, à la vérité, manifesté une intention de libéralité : mais il ne l'aura pas réalisée. La donation n'existera donc valablement que du jour où le fidéjusseur aura réalisé le paiement.

3^e cas. — Le fidéjusseur s'est engagé *invito reo*, c'est-à-dire contre le gré du débiteur principal. Cette hypothèse est évidemment plus théorique que pratique.

Il y eut, sur ce point, entre les jurisconsultes, des controverses qui nous sont indiquées par Paul (L. 40, D. XVII, 1) : « *Si pro te presente et retante fidejussorim, nec mandati actio, nec negotiorum gestorum est. Sed quidam utilem putant dari oportere : quibus non consentio, secundum quod et Pomponio videtur.* » Ainsi Paul repousse ici formellement, suivant en cela l'opinion de Pomponius, le recours du fidéjusseur contre le *reus*.

Ceux qui admettaient l'action utile se fondaient évidemment sur ce que le fidéjusseur, qui a payé malgré l'opposition du débiteur, lui a rendu un service dont il a certainement profité, bien qu'il l'ait reçu de mauvaise volonté. Les partisans de l'opinion contraire tenaient le raisonnement suivant : « L'action *negotiorum gestorum* a pour but d'encourager les tiers à gérer les intérêts d'un absent. Pour cela on leur donne une action contre le maître afin d'obtenir le remboursement de leurs dépenses. Le motif de l'action est, en un mot,

d'empêcher que les intérêts d'un absent ne soient abandonnés ». Il est clair que ce motif ne s'applique pas dans l'espèce, puisque le débiteur est présent.

D'ailleurs cette controverse n'est qu'un cas particulier d'une question beaucoup plus générale, et également controversée, rapportée dans la loi 24, code II, 19. Etant donné qu'une personne s'immisce dans les affaires d'autrui et les gère utilement, mais contre le gré du *dominus*, y a-t-il lieu de donner l'action *negotiorum gestorum contraria* au gérant ?

Il est certain que le maître avait, contre le gérant, l'action *negotiorum gestorum directa*. Ce qu'on se demandait seulement, c'est si le gérant d'affaires pouvait agir contre le maître. Justinien nous dit dans la loi 24, Code *de negot. gest.* II, 19, que trois opinions s'étaient produites sur ce point.

4^e cas. — Le débiteur principal n'est tenu que naturellement. Par exemple, c'est un pupille qui s'est obligé sans *l'auctoritas tutoris*. Un fidéjusseur a garanti en pleine connaissance de cause cette obligation. Après avoir payé, il n'aura pas de recours contre le débiteur principal. S'il en était autrement la protection que la loi accorde au pupille s'évanouirait, puisque le pupille serait obligé de payer au fidéjusseur ce qu'il est dispensé de payer au créancier.

Supposons que le *reus principalis* soit un mineur de 25 ans, et que *l'in integrum restitutio* soit prononcée à son profit dans des conditions telles que lui seul

liberale en doive profiter. Le créancier agira contre le fidéjusseur, et ce dernier ne pourra pas recourir. Nous supposons ici que le fidéjusseur s'est engagé *contemplatione juris prætorii*, c'est-à-dire dans l'intention de prémunir le créancier non seulement contre le danger de l'insolvabilité du *reus*, mais encore contre le risque de *l'in integrum restitutio*.

5^e cas. — La chose due a péri par le fait du fidéjusseur ou après sa mise en demeure. L'obligation est alors éteinte à l'égard du débiteur et perpétuée vis-à-vis du fidéjusseur.

6^e cas. — Le fidéjusseur en payant n'a pas libéré le débiteur principal. Par exemple, il a fait un paiement nul de plein droit.

Présentons quelques applications :

a). La loi 26, § 5, D. *mandati* suppose que le fidéjusseur a fait le paiement entre les mains d'un faux mandataire du créancier, c'est-à-dire d'un individu qui s'est fait passer aux yeux du fidéjusseur pour un mandataire, alors qu'il ne l'était pas. Le débiteur n'est pas libéré.

b). Le paiement a eu pour objet une chose appartenant à autrui, *rem alienam*. Le paiement est nul, et le *reus* n'est pas libéré (L. 47, § 1, D. *mandati*). Il s'agit, dans ce texte, d'un débiteur principal, qui était obligé de donner un esclave *in genere*. Le fidéjusseur l'a donné ; seulement, cet esclave appartient à un tiers, et le créancier n'est pas devenu propriétaire. Le jurisconsulte nous

dit que le fidéjusseur, en livrant cet esclave, ne se libère pas et ne libère pas non plus le *reus*, et que par conséquent il ne peut pas recourir par l'action *mandati contraria* contre ce dernier. Le créancier conserve pleinement son droit de poursuivre le *reus principalis*.

Il pourra pourtant arriver que le fidéjusseur aura un recours dans cette hypothèse. Il n'y a qu'à supposer que le créancier a reçu cet esclave de bonne foi, et l'a possédé assez longtemps pour l'usucaper. Dans ce cas, le *reus* se trouve libéré, et le fidéjusseur pourra recourir contre lui.

7^e cas. — Le fidéjusseur ne peut pas recourir contre le *reus* quand la libération de ce dernier ne lui coûte rien. Nous savons que, lorsque les poursuites intentées par le créancier contre le fidéjusseur ont abouti à la *litis contestatio*, la dette est éteinte. Quand au fidéjusseur lui-même, cette dette est remplacée par une obligation nouvelle, naissant de la *litis contestatio*; mais quant au débiteur principal, il est purement et simplement libéré envers le créancier. Néanmoins le fidéjusseur ne peut pas immédiatement recourir contre le *reus*, parce qu'on ne sait pas encore si la libération du *reus* lui coûtera quelque chose, c'est-à-dire s'il aura quelque chose à déboursier.

Nous pouvons supposer encore que le créancier veut libérer le *reus principalis*, *donandi animo*, et que celui-ci soit absent, en voyage. Le créancier fera alors acceptilation au fidéjusseur, néanmoins son intention

existe, non à l'égard du fidéjusseur, mais à l'égard du *reus*. Dans ce cas il est clair que le fidéjusseur n'a été que l'instrument dont le créancier s'est servi pour libérer le *reus*. Dès lors il n'aura pas de recours contre le débiteur.

C'est maintenant le lieu d'examiner une question générale qu'on formule ainsi : Le fidéjusseur qui a payé peut-il recourir contre le débiteur principal, alors que son obligation de fidéjusseur est nulle ou éteinte ? Distinguons ces deux cas :

1^{er} cas. — Le fidéjusseur a contracté une obligation nulle ; par exemple, il a promis plus ou autre chose que le débiteur principal, ou les formalités de la fidéjussion n'ont pas été observées. Néanmoins, il a payé dans l'ignorance de cette nullité. Les Romains distinguent selon que l'erreur du fidéjusseur est une erreur de droit ou une erreur de fait (L. 29. D. *mandati*). L'erreur n'est excusable qu'au second cas, c'est-à-dire que, dans ce cas seulement, le fidéjusseur aura l'action *mandati* contre le *reus*. Mais, remarquons que si au premier cas l'action *mandati* est refusée au fidéjusseur, il peut très bien exercer l'action *negotiorum gestorum*, dès l'instant qu'il a payé, non pour faire une libéralité au *reus*, mais dans l'intention de faire pour lui une simple avance.

Mais, que décider si le fidéjusseur a payé sciemment, c'est-à-dire connaissant la nullité de son obligation ? *A fortiori* on doit lui refuser l'action *mandati* ;

mais il faut encore remarquer que le recours par l'action *negotiorum gestorum* restera ouvert au fidéjusseur, s'il agit non pas *animo donandi*, mais avec l'intention de se faire rembourser ensuite par le *reus*.

2^e cas. — La fidéjussion a été valablement contractée, mais l'obligation du fidéjusseur s'est éteinte par suite du paiement fait au créancier. Par exemple, le débiteur principal a payé la dette, ce qui a eu pour conséquence d'éteindre l'obligation du fidéjusseur. Celui-ci a ensuite payé. Pourra-t-il recourir ? Ulpien distingue : le fidéjusseur a-t-il ignoré le paiement du *reus* ? Il peut recourir par l'action *mandati*. Il ne pouvait pas deviner le paiement « *ignoscendum est enim ei, si non divinavit debitorem solvisse* ». Le débiteur devait en effet avertir le fidéjusseur du paiement, afin d'empêcher le créancier de venir ensuite le surprendre et de lui extorquer en quelque sorte la somme pour laquelle il avait cautionné. Le fidéjusseur a-t-il connu le paiement ? Ulpien ne résout pas formellement la question ; mais il y a lieu de tirer de son texte un *a contrario* évident, et de dire que le fidéjusseur sera alors dénué de tout recours. Une décision analogue est donnée dans l'art. 2031 de notre Code civil.

Tels sont les principaux cas dans lesquels le fidéjusseur n'a pas de recours. Devant toutes ces hypothèses il y a une remarque à faire. Nous savons que la plupart des exceptions qui naissent *ex persona rei* sont données

également au fidéjusseur. La raison est que, s'il en était autrement, le *reus* lui-même ne profiterait pas de ces exceptions. Eh bien, dans ces hypothèses, les exceptions n'appartiennent pas au fidéjusseur, parce que le débiteur principal n'a pas d'intérêt à ce que le fidéjusseur puisse les opposer.

Il y a une application de cette idée dans la loi 32, D. II, 14. Cette loi nous dit que le pacte de *non petendo* consenti au *reus* ne pourra pas donner lieu à une exception en faveur du fidéjusseur quand celui-ci devra supporter le fardeau de la dette.

Le fidéjusseur peut n'avoir pas de recours, parce que le créancier, par sa faute, s'est mis dans l'impossibilité de lui céder ses actions. Dans ce cas, pourra-t-il refuser de payer le créancier?

Les Romains appliquaient avec rigueur le principe que la fidéjussion est un contrat unilatéral, et que le créancier n'a aucune obligation envers le fidéjusseur. Il peut donc très régulièrement renoncer à ses droits ou les laisser périr sans profit pour personne (L. 15, § 1, D. *de fidej.*).

Nous trouvons au Code (L. 25, *de fidej.*), une intéressante application de ce principe : « *Pignori bus datis et reo principali distractis, nec post longi temporis intercallum residuum a fidejussore creditor petere prohibetur.* » Un débiteur a vendu une chose hypothéquée à un tiers qui ignore l'existence de l'hypothèque. Le texte emploie l'expression « *pignora* » qui,

au sens propre du mot, désigne plutôt des objets engagés, mais qui d'ailleurs est souvent pris aussi, par les textes, dans le sens d'objets hypothéqués. L'hypothèse d'une hypothèque rend mieux compte du texte, puisqu'on suppose que les objets ont été vendus par le débiteur principal. La vente se concevrait moins facilement pour des objets donnés en gage, puisqu'ils se trouveraient entre les mains du créancier. L'acheteur, au bout de 10 ans, si le créancier hypothécaire habite la même province, au bout de 20 ans, au contraire, sera à l'abri de l'hypothèque, par l'effet de la *præscriptio longis temporis*, car il aura réalisé, à son profit, la prescription acquisitive de cette hypothèque. On sait en effet que la *præscriptio longi temporis* s'applique à l'hypothèque aussi bien qu'à la propriété elle-même. Lorsque j'achète à un non-propriétaire une chose hypothéquée, je réalise deux prescriptions, l'une qui me conduit à la propriété, l'autre qui purge l'hypothèque. Ces deux prescriptions ont leurs conditions propres d'existence; l'une peut s'accomplir sans l'autre. Si je suis de mauvaise foi, quant à l'hypothèque, et de bonne foi quand à la propriété, je prescris la propriété sans prescrire l'hypothèque, ou réciproquement. Lorsque j'ai acquis la chose du véritable propriétaire, ce qui est le cas ordinaire, je n'aurai que l'hypothèque à prescrire. Dans notre espèce, l'extinction de l'hypothèque par la *præscriptio longi temporis* n'empêchera nullement le créancier de poursuivre le fidéjusseur. Et

pourtant il est clair que l'hypothèque est éteinte par la négligence du créancier hypothécaire, qui aurait pu parfaitement interrompre la prescription en poursuivant le tiers détenteur.

Ce principe que le créancier n'est tenu de céder au fidéjusseur que les actions qui lui restent, a paru à certains auteurs contredit par la loi 95, § 11, D. XLVI, 3. Cette loi, supposant que le créancier a perdu une action par la *plus petitio*, par conséquent par sa faute, décide qu'il ne pourra pas poursuivre le *mandator pecuniæ credendæ* : ce dernier se trouvant par le fait du créancier dans l'impossibilité d'être subrogé dans ses sûretés, a le droit de refuser le paiement. Nous répondons qu'autre chose est le *mandator pecuniæ credendæ*, autre chose la fidéjussion. Au premier cas, le créancier est lié envers le *mandatum*, car le mandat est un contrat synallagmatique et de bonne foi. Si le *mandator* est tenu par l'action *mandati contraria* d'indemniser le créancier, son mandataire, pour le préjudice qu'il peut souffrir dans l'exécution du mandat, notamment à raison de l'insolvabilité du *reus principalis*, le mandataire, de son côté, doit, en vertu de l'action *mandati directa*, céder à son mandant les actions et sûretés. Et comme il en est tenu en vertu d'une obligation de bonne foi, il doit les conserver, en attendant le moment de la cession, avec tous les soins d'un bon père de famille ; il est responsable de sa faute *in omittendo*, comme de sa faute

in committendo, de sa faute légère comme de sa faute lourde. Cette dernière solution, relative à la faute légère, paraît, à la vérité, n'avoir pas été admise de tout temps, à raison du caractère gratuit du mandat (L. 8, § 10; L. 10, pr. : L. 29, pr. et § 3, *D. mandati*), mais il est certain qu'elle avait prévalu dès l'époque classique. (L. 23, *D. de reg. jur.*; L. 11, 13, 21, *Code mandati*.)

On pourrait tirer une autre objection de la loi 18, *Code de fidej.* Ce texte suppose que le créancier avait reçu une hypothèque ou un droit de gage sur un fonds à un prix inférieur à sa véritable valeur. Le texte décide que le créancier perd le droit de demander au fidéjusseur la somme qu'il aurait retirée de plus, s'il avait vendu le fonds un juste prix. Le fidéjusseur peut donc faire un reproche au créancier de n'avoir pas retiré de ses sûretés tout l'avantage qu'elles comportaient. Nous répondons que ce n'est pas seulement vis-à-vis du fidéjusseur que le créancier perd ses droits par l'effet de cette vente à vil prix, c'est aussi vis-à-vis du débiteur principal; donc, ce n'est pas parce que le créancier a compromis le recours du fidéjusseur que ce dernier se trouve libéré, mais bien parce que, le débiteur principal étant lui-même libéré, le fidéjusseur, simple débiteur accessoire, ne saurait rester tenu.

CONCLUSION

En terminant cette étude, nous remarquerons que l'organisation des recours du fidéjusseur ne le protège pas d'une façon suffisante. Certes, c'était un grand progrès dans la voie de l'équité que de lui donner un recours, soit contre ses coobligés, soit sur les choses affectées de gage ou d'hypothèque, et nous sommes loin d'en vouloir diminuer l'importance. Mais, ce recours laisse le fardeau de l'avance totale de la dette au fidéjusseur qu'il a plu au créancier de poursuivre le premier. Les bénéfices de division et de discussion sont venus adoucir sur ce point la situation du fidéjusseur. Par le bénéfice de division, le fidéjusseur ne fait l'avance que d'une partie de la dette, part virile, calculée en égard au nombre des fidéjusseurs solvables, et par le bénéfice de discussion, à la seule condition de démontrer la solvabilité du débiteur principal, il évite complètement l'obligation de faire l'avance.

Mais ces procédés constituent une gêne pour le créancier, qui a peut-être besoin de toute la somme due au jour où il la réclame, et qui va être forcé de

réclamer des paiements partiels. Aussi n'apparaissent-ils que dans la deuxième phase du droit, à une époque où des considérations d'humanité commencent à inspirer le législateur et à pénétrer les institutions. Le vieux droit romain se préoccupait davantage de l'intérêt du créancier. Il ne pouvait dispenser le fidéjusseur de payer le total à la première réquisition du créancier. Tout ce qu'il pouvait faire, c'était de lui donner les recours les plus larges possibles pour obtenir son remboursement. C'est le seul point de vue que nous nous sommes proposé d'examiner.

DROIT FRANÇAIS

DE LA POSSESSION D'ÉTAT

COMME

PREUVE DE LA FILIATION

DROIT FRANÇAIS

DE LA POSSESSION D'ÉTAT

COMME

PREUVE DE LA FILIATION

INTRODUCTION

L'une des notions les plus essentielles de la science juridique consiste à distinguer le droit lui-même, faculté reconnue et garantie par la puissance sociale, et l'exercice du droit, simple fait qui régulièrement est joint au droit lui-même et en apparaît alors comme la manifestation extérieure, mais que la raison en conçoit aussi séparé, et qui l'est quelquefois dans la réalité.

La matière où l'on voit peut-être le plus clairement cette distinction est celle de la propriété. Aussi est-ce ici que l'analyse des jurisconsultes romains l'a d'abord signalée. C'est ainsi qu'ils nous font remarquer que le voleur possède, bien qu'évidemment il ne soit pas propriétaire, le vol dans aucune législation n'étant considéré comme un mode d'acquérir la propriété.

Généralisant ensuite cette idée, ils ont considéré que tout droit quelconque étant susceptible d'exercice, il y avait lieu de faire la même distinction pour tous les droits, et, suivant leur habitude de donner des termes distincts pour des choses qui, quoique les plus voisines, présentent une certaine dissemblance, ils ont qualifié de quasi-possession l'exercice d'un droit autre que la propriété. C'était une quasi-possession que de se comporter vis-à-vis d'un enfant comme père de famille alors même qu'on n'avait pas la *patria potestas*, de se comporter vis-à-vis d'une chose comme si on avait sur elle un droit de servitude, vis-à-vis d'une hérédité comme si on était héritier, vis-à-vis d'une femme comme si on avait sur elle la *manus*, etc.

L'expression de quasi-possession a disparu de notre langue juridique moderne qui tend toujours à la simplicité. La possession désigne aujourd'hui l'exercice d'un droit quelconque, d'un droit de créance ou de servitude, comme d'un droit de propriété. Toutefois on trouve encore un vestige de l'ancienne distinction romaine dans l'article 2228, aux termes duquel « la possession est la détention d'une chose (c'est ce que les Romains appelaient la possession) ou d'un droit (c'est ce qu'ils appelaient la quasi-possession) que nous tenons ou que nous exerçons par nous-même ou par un autre qui l'exerce en notre nom ». Le législateur distingue donc dans cette définition la possession corrélatrice de la propriété et la possession corrélatrice de tout autre droit.

Mais il a compris les deux cas sous le nom commun de possession, montrant par là qu'il s'agissait au fond d'une seule et même idée envisagée dans des cas différents.

Ainsi, pour entrer dans notre sujet, la possession d'état est le fait de se comporter comme si on avait un état. Dire que j'ai la possession d'état d'enfant de Primus et de Prima, c'est dire que je suis traité en fait comme si j'étais cet enfant.

Nous avons remarqué que si la possession peut être séparée en droit, c'est là un fait anormal ; le plus souvent elle y est liée, et l'on peut affirmer d'une façon générale que quand une personne exerce un droit, c'est qu'elle l'a. Autrement le véritable titulaire du droit se plaindrait de cette intrusion qui lèse ses intérêts, soit au point de vue moral, soit au point de vue pécuniaire ; il ferait écarter l'usurpateur et reprendrait la possession.

Les législateurs ont toujours tenu compte de cette observation que, pratiquement, là où est l'exercice du droit, là est aussi le droit. Or, comme cet exercice se compose de faits extérieurs apparents, que l'on peut saisir en mille occasions, tandis que le droit est un simple rapport immatériel, ils ont été amenés à considérer la possession comme une façon de prouver le droit, ils ont attaché au fait de la possession constante, paisible, cette présomption légale qu'elle n'est que la manifestation du droit. De même qu'elle protège le

possesseur, la loi regarde avec défiance celui qui réclame un droit qu'il ne possède pas. C'est lui qui doit se porter demandeur et faire la preuve. Jusque-là, le possesseur est maintenu dans les avantages du droit qu'il exerce, sans preuve à faire, sous le seul couvert de la présomption légale que la loi attache à sa possession. Aucun titre ne lui est demandé : il n'a qu'à réfuter les preuves fournies par ceux qui prétendent à sa situation, ou bénéficier de l'absence des preuves.

Si tel est l'effet de la possession dans la preuve des droits en général, combien ne doit-elle pas avoir d'influence quand il s'agit de l'état des personnes ?

Commençons par préciser cette notion d'état d'une personne. L'état a son origine dans certains faits, tels que : la naissance, le mariage, l'émancipation, la naturalisation, l'interdiction, etc.

De ces faits résultent des qualités qui constituent la situation juridique de la personne qu'elles affectent. Ces qualités varient suivant les individus. Ainsi une personne peut être française ou étrangère, enfant légitime ou naturel : autant de qualités différentes, autant d'états différents.

L'état étant un ensemble de qualités juridiques, ses éléments constitutifs peuvent varier suivant les législations.

Ainsi, à Rome, la situation juridique d'un individu pouvait passer par des transformations plus nombreuses, ou présenter plus d'aspects différents que dans

notre droit actuel. La constitution de la famille et de la société romaines créait une hiérarchie dont les degrés n'existent plus ou se sont tout au moins très atténués, de nos jours, chez les nations civilisées.

On pouvait être citoyen romain, latin ou pérégrin, libre ou esclave, père de famille ou sous la puissance d'autrui.

Autant de titres, autant d'états complètement différents. Quelle distance entre le citoyen romain possesseur de la puissance paternelle et l'esclave ou même le simple pérégrin !

Ces éléments de variétés de l'état ont disparu : si les lois refusent encore certains droits à l'étranger, en revanche l'esclavage et le patronat n'existent plus, et la puissance paternelle a perdu le caractère de pouvoir illimité qu'elle avait chez les Romains.

Mais si dans notre droit les qualités juridiques créatrices de l'état sont moins variées qu'à Rome, l'importance de l'état n'a pas faibli. Dans tout contrat, d'une façon plus générale dans toute cause de rapports juridiques, dans tout *negotium juris*, comme disaient les Romains, il y a à se préoccuper de l'état des personnes qui interviennent à cette opération, car cet état influe sur leur capacité, et par suite sur la validité des rapports qui en dérivent. Les effets du contrat ne sont pas du tout les mêmes, selon qu'on y voit intervenir un majeur, un mineur, une femme mariée, un interdit. Or, les causes de rapports juridiques, les transactions de

toutes sortes, les *negotia juris* se sont multipliés et se multiplient encore d'une façon prodigieuse par les progrès de la civilisation et le perfectionnement des moyens de communication.

Qu'est-ce que le mandataire et le *nuntius* romain, à côté de la poste, du télégraphe et du téléphone modernes. D'ailleurs, le formalisme romain était une entrave aux rapports juridiques. Aujourd'hui, au contraire, le consentement fait la loi des parties; il suffit pour déplacer la propriété, transporter les créances, éteindre les obligations. Donc, si les difficultés relatives à l'état ont pu diminuer à raison de la disparition de certaines causes de variétés de l'état, en revanche elles se sont accrues et s'accroissent tous les jours, pour les causes qui subsistent encore, à raison de la multiplication des affaires.

Ce sont, en effet, les éléments de l'état qui déterminent les droits et les devoirs non seulement juridiques, mais encore moraux. La conception et la naissance créent la personnalité de l'individu; du mariage résultent la puissance maritale et les devoirs réciproques des époux; la majorité donne le droit d'accomplir les actes principaux de la vie civile et politique. L'interdit, au contraire, tout en conservant ses droits, ne peut les exercer lui-même. L'état est la base du droit tout entier; il importe donc, pour un motif d'intérêt public, de bien connaître les éléments de l'état de ses semblables

et de pouvoir établir par des preuves le sien propre quand il est contesté.

La possession d'état a dû être à Rome, comme dans toute société naissante, le mode de preuve originaire employé pour établir la filiation d'un individu. A quelle autre preuve aurait-on pu avoir recours ? Ce n'est certainement pas à la preuve par écrit, car, dans cet état primitif, les écrits privés et même publics font généralement défaut. Il fallait donc recourir à la possession d'état, et c'est ce qui résulte du texte suivant : « *Si vi-*
« *cinis, vel aliis scientibus, uxorem liberorum pro-*
« *creandum causa domi habuisti, et ex eo matrimonio*
« *filia suscepta est, quamvis neque nuptiales tabulæ,*
« *neque ad natam filiam pertinentes factæ sunt,*
« *non ideo minus, veritas matrimonii aut susceptæ*
« *filix suam habet potestatem* (Code de nuptiis,
« V. 4). »

Contrairement au principe en vertu duquel nul ne peut se créer une preuve à soi-même, les Romains reconnurent dans la possession d'état d'époux une preuve du mariage. Ils étaient dans la nécessité de l'admettre sous peine de n'avoir dans la plupart des cas qu'une seule preuve des justes noces, la preuve par témoins, si dangereuse et si susceptible d'être faussée par la fraude.

L'importance de cette preuve ne semble pas moindre en matière de filiation. Il nous faut remarquer cepen-

dant que la preuve des naissances et des décès au moyen d'écrits fut connue à Rome : mais ces écrits n'eurent jamais le caractère authentique de nos actes de l'état civil tels qu'ils sont compris dans nos lois actuelles.

L'institution de registres constatant les naissances et les décès remonte à Servius-Tullius. Les préteurs étaient chargés d'inscrire les mentions relatives aux naissances et aux décès. Mais ces registres disparurent dans la suite et ne furent rétablis que sous Marc-Aurèle. Cet empereur en confia la tenue, à Rome, aux *præfecti ærarij*, et dans les provinces à des fonctionnaires appelés *tabularij*. La déclaration de la naissance et du nom de l'enfant devait être faite dans les trente jours. Mais ces prescriptions ne s'adressaient qu'aux citoyens romains.

A côté de ces registres publics, on trouve des livres domestiques, sur lesquels le père de famille inscrivait les naissances de ses enfants.

Quelle était la force probante et l'utilité de ces écrits à l'égard des particuliers ? Nous devons reconnaître qu'elles étaient à peu près nulles. — Les registres créés par Servius-Tullius et rétablis plus tard par Marc-Aurèle avaient, comme but principal, de servir au dénombrement des citoyens pour la répartition des impôts. Il ne semble pas que les particuliers aient dû les consulter et les produire pour prouver leur état. Il

en est de même des livres familiaux : rien n'assurait l'authenticité des mentions qu'ils renfermaient. En l'absence de preuve écrite, le citoyen romain, qui voulait prouver sa filiation légitime, devait donc recourir aux présomptions résultant de la possession d'état ou à la preuve par témoins. Il est à croire que la possession d'état fut de ces deux preuves la plus en usage chez les Romains, et cela pour deux raisons.

Après un certain temps, le décès des personnes qui avaient assisté à l'accouchement rendait impossible la preuve par témoins. La possession d'état restait alors la seule ressource de celui qui voulait établir sa filiation. D'autre part la possession d'état est, en tant que preuve, préférable au témoignage : elle prouve plus. La preuve par témoins ne vise qu'un seul fait, la maternité, tandis que d'autres éléments de la preuve complexe que suppose la filiation restent encore à établir. Il faut encore prouver la paternité, la conception pendant le mariage, et l'identité de l'enfant. La possession d'état au contraire est une preuve complète, elle prouve tous ces faits.

La possession d'état était-elle admise comme preuve de la filiation naturelle ? Le silence des textes ne saurait fournir un argument dans le sens de la négative, car la preuve par témoins est de droit commun. Bien plus, la preuve testimoniale était admise sans qu'il fût nécessaire de l'appuyer sur un commencement de

preuve par écrit. Nous pouvons donc en conclure que l'enfant naturel pouvait se servir de la possession d'état pour établir sa filiation.

L'ancien droit français ne connut pendant longtemps que deux modes de preuves de la filiation légitime : la possession d'état et la preuve par témoins. Ces deux preuves furent introduites dans les pays du Midi de la France avec l'héritage des lois romaines, et de là passèrent dans les pays du Nord, dont les coutumes étaient presque toutes muettes sur les questions de filiation.

La preuve écrite de l'état, au moyen des registres de l'état-civil, ne remonte qu'au XVI^e siècle. Les paroisses possédaient des registres sur lesquels était relatée la célébration des sacrements du culte catholique, et entre autres du baptême. Mais ces mentions ne faisaient foi qu'au point de vue canonique. François I^{er} se servit de ces registres, tout en leur laissant leur première destination, pour créer de véritables registres de l'état-civil faisant pleine foi, en justice, des mentions qu'ils renfermaient.

Dès lors il y eut trois modes de preuves de la filiation légitime. Mais la possession d'état avait cet avantage de faire preuve complète par elle-même, à la fois, de la maternité, de la paternité et de l'identité.

Quant à la filiation naturelle, une ordonnance royale de 1556 avait déclaré, pour éviter les suppres-

sions de leur part, que les filles devraient, sous peine de mort, déclarer leur grossesse ou leur accouchement. Mais cette disposition ne fut pas observée. La vérité est qu'on prouvait la filiation naturelle par tous les moyens, et en particulier par la possession d'état. Aussi Cochin prononçait-il d'une façon absolue, et sans distinction entre la filiation naturelle et la filiation légitime, ces paroles qui résument très nettement l'état de notre ancien droit en cette matière : « De toutes les preuves qui assurent l'état des hommes, il n'y en a point de plus solide, de plus puissante que celle de la possession publique. Elle tient lieu de tous les actes qui sont ordinairement employés pour fixer l'état des hommes. »

Si nous passons au droit intermédiaire, nous voyons, dans l'article 8 de la loi du 12 Brumaire, an II, que la possession d'état prouve la paternité aussi bien que la maternité naturelles.

Ayant ainsi déterminé le rôle de la possession d'état comme mode de preuve de la filiation en droit romain, dans notre ancien droit, et dans l'époque intermédiaire, nous allons aborder notre sujet, et rechercher quel est, dans notre droit actuel, l'effet de la possession d'état concernant la preuve soit de la filiation légitime, soit de la filiation naturelle.

DIVISION

Nous examinerons, dans une première partie, la filiation légitime, et, dans une seconde partie, la filiation naturelle.

Nous diviserons la première partie en trois chapitres :

1° De la possession d'état isolée ; 2° des cas dans lesquels la possession isolée fait preuve de la filiation légitime ; 3° de la force probante de la possession d'état jointe à l'acte de naissance.

Dans la deuxième partie, nous ferons deux chapitres :

1° De la paternité naturelle ; 2° de la maternité naturelle.

PREMIÈRE PARTIE

DE LA POSSESSION D'ÉTAT ENVISAGÉE COMME PREUVE DE LA FILIATION LÉGITIME

CHAPITRE PREMIER

DE LA POSSESSION D'ÉTAT ISOLÉE

Nous diviserons ce chapitre en quatre sections : 1^o définition et caractères de la possession d'état ; 2^o comparaison de la possession d'état avec les autres preuves de la filiation légitime ; 3^o comment on prouve la possession d'état d'enfant légitime ; 4^o de l'indivisibilité de la possession d'état.

SECTION 1^{re}. — Définition et caractères de la possession d'état.

Aux termes de l'article 321, « la possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui indique le rapport de filiation et de parenté entre un indi-

vidu et la famille à laquelle il prétend appartenir. Les principaux de ces faits sont : que l'individu a toujours porté le nom du père auquel il prétend appartenir ; que le père l'a traité comme son enfant et a pourvu, en cette qualité, à son éducation, à son entretien et à son établissement ; qu'il a été reconnu constamment pour tel dans la société, qu'il a été reconnu pour tel dans la famille. »

La possession d'état d'enfant légitime est donc un ensemble de faits qui impliquent la reconnaissance de la filiation de l'enfant par la famille à laquelle il prétend appartenir et que nos anciens auteurs résumaient en trois mots : « *nomen, tractatus, fama*. » Ces faits sont très nombreux et peuvent se présenter sous des aspects très différents suivant la condition de celui qui les invoque. Aussi ne doit-on voir, dans l'énumération de l'art. 321 *in fine*, qu'une série d'exemples. Il était impossible, comme le dit très bien M. Laurent, III, n° 403, de tout préciser d'avance. La possession d'état est essentiellement une question de faits, et les faits varient d'un cas à un autre par suite de la diversité infinie des relations individuelles et sociales. Les éléments indiqués dans le texte se trouveront le plus souvent réunis, mais la possession d'état peut exister, quand même certains d'entre eux feraient défaut. Il suffit que le tribunal trouve dans les faits qui lui sont présentés, des éléments suffisants pour décider que l'état réclamé a été réellement exercé, possédé. Cette

matière étant toute de faits, il faut reconnaître aux tribunaux un pouvoir d'appréciation assez large dont ils useront avec le plus de tact et de prudence possibles. Il s'agit en effet de l'état, c'est-à-dire de ce que les hommes ont de plus important dans la vie civile ; ainsi, en ce qui touche les faits compris dans le mot *tracatus*, il est clair qu'ils devront tenir grand compte de la qualité de celui qui fait le traitement à l'enfant. Les faits qui émanent d'un aïeul paternel auront évidemment moins d'influence que ceux du père lui-même, et d'autre part ils en auront plus que les faits provenant d'un aïeul maternel et, à plus forte raison, d'un collatéral éloigné plus indifférent à la prétendue filiation, plus suspect, par conséquent, de complaisance pour le réclamant. Cette interprétation de l'art. 321 a été formellement donnée au cours des travaux préparatoires : « Il n'importe que la preuve résulte de faits plus ou moins nombreux, pourvu qu'elle soit certaine (Loché, III, p. 89) ».

Le texte du projet primitif pouvait laisser quelques doutes sur le point de savoir si tous les faits relatés dans l'article seraient exigés. Le tribunal demandait que les faits énumérés par la loi ne fussent considérés que comme des exemples. Et c'est pour donner satisfaction à cette réclamation que la rédaction actuelle fut adoptée.

Ce qui est nécessaire, c'est que la possession d'état soit certaine. Pour que cette certitude soit acquise, la

possession d'état doit présenter certains caractères : elle doit être continue et publique.

§ 1^{er}. — *De la continuité de la possession d'état.*

Cette condition était déjà exigée dans notre ancien droit. On nomme possession d'état, dit Denizart, la notoriété qui résulte d'une suite non interrompue d'actes faits par la même personne en la même qualité (Ancien Denizart, V^o Possession d'état, p. 70). Cette pensée a également inspiré notre législateur : nous invoquons en ce sens les mots « toujours » et « constamment » de l'article 321. Certes, l'expression constamment de l'article 321 ou celle de « possession d'état constante » de l'art 320 sont susceptibles de deux interprétations. Dans une première acception, on peut comprendre que la possession d'état doit être certaine, prouvée ; dans une seconde interprétation, on dira que la possession d'état doit être continue, que les faits doivent avoir persisté sans interruption. Nous adoptons ce second sens. Un fait ne peut en effet intervenir comme élément de preuve qu'autant qu'il est établi, d'une façon certaine, qu'il est absolument véridique : la première interprétation ne donnerait donc aucun sens utile à l'expression « possession constante ». Au contraire, les diverses expressions précitées des articles

320 et 321 se complètent et s'expliquent entre elles dans le sens indiqué.

La loi ne fixe pas le point de départ de la possession d'état. Il nous semble qu'il doit se placer à une époque très voisine de la naissance de l'enfant. La condition ne serait pas remplie à nos yeux, si les faits n'avaient commencé que plusieurs années après cette époque : il y aurait tout lieu de croire en effet que les époux, ayant recueilli un enfant étranger, ont cherché, en lui créant une possession d'état mensongère, à éviter les formalités de l'adoption. C'est à partir de la naissance que la famille a dû reconnaître l'enfant pour un de ses membres ; c'est aussi dès cette époque que les père et mère se préoccupent de remplir leurs devoirs envers leur enfant, soit qu'ils le gardent auprès d'eux, soit qu'ils le placent en nourrice. C'est dans la première période de la vie que l'enfant reçoit d'ordinaire les soins les plus incessants de ceux qui lui ont donné le jour. Les faits des premières années sont donc les plus décisifs, car ils sont en quelque sorte le cri de la nature (Laurent, III, n° 405).

Combien de temps doit durer la possession d'état pour remplir les conditions de l'article 320 ? Faut-il qu'elle se soit continuée depuis le jour de la naissance de l'enfant ou du moins, comme nous l'avons dit, depuis une époque très voisine de cette naissance jusqu'au moment où l'enfant invoque ce moyen comme preuve de sa filiation ? Une telle exigence nous paraît

excessive. Nous invoquons d'abord un argument de principe. La possession d'état n'est qu'une application de la possession en général. Or, de droit commun, la possession, une fois acquise, persiste sans que l'occupation matérielle dure constamment, ou que des faits incessants d'exercice soient accomplis. De même ici la possession d'état, une fois établie, se continue d'elle-même, *ipso facto*, alors même que tout rapport paraîtrait avoir cessé entre l'enfant et sa famille. Ses faits matériels ne sont nécessaires qu'au début et pour l'acquisition de la possession, ensuite la possession se continue, pour employer l'expression des jurisconsultes romains, *animo tantum*. Nous supposons bien entendu que l'enfant n'a pas reçu la possession d'état dans une autre famille : autrement sa possession d'état dans sa famille primitive prêterait à des doutes : elle ne serait pas constante et certaine : elle deviendrait équivoque : les deux possessions s'annuleraient.

L'utilité pratique vient encore appuyer notre solution. Dans nos mœurs actuelles il arrive souvent qu'un enfant quitte de bonne heure le foyer paternel pour n'y revenir qu'à de longs intervalles : les faits constitutifs de la possession d'état d'enfant légitime se sont succédés pour cet enfant pendant un temps très court, comparativement à celui qu'il a passé loin de sa famille. Ne serait-il pas inique de lui refuser le bénéfice de la possession d'état si on lui conteste un jour sa qualité ?

§ 2. — *De la publicité de la possession d'état.*

En second lieu la possession d'état doit être publique. Cette condition, bien que non exprimée dans la loi, n'en est pas moins certaine. Elle résulte des principes généraux sur la possession. D'ailleurs tous les faits indiqués dans l'article 321 ont un caractère public. Par exemple le fait de porter le nom du père est par excellence une affirmation publique de la filiation. Quoi de plus apparent que les traitements que le père donne à l'enfant, en cette qualité, dans la famille et dans la société ?

SECTION II. — **Comparaison de la possession d'état avec les autres preuves de filiation légitime.**

Nous savons que la preuve de la filiation légitime est complexe. Elle comprend la preuve : 1° du mariage ; 2° de la maternité ; 3° de la conception de l'enfant pendant le mariage ; 4° de la paternité ; 5° de l'identité.

La possession d'état prouve *tous ces faits*, sauf le mariage, et à ce titre elle est supérieure aux deux autres modes de preuve de la filiation. Celui qui établit sa filiation par un acte de naissance ne prouve que la maternité. Nous supposons le mariage constant : autrement l'acte de naissance ne prouverait même pas la

maternité, ainsi que nous le démontrerons dans la deuxième partie. Il en est de même pour le témoignage qui ne prouve que la naissance : les témoins doivent déposer sur l'accouchement de la femme réclamée par l'enfant comme sa mère. Quant à l'identité de l'enfant, elle ne résulte nullement de ces deux premières preuves : si elle est contestée, elle doit faire l'objet d'une preuve à part.

La paternité ne découle pas non plus d'une façon directe du titre de naissance, ni de l'affirmation de l'accouchement par les témoins : elle n'est établie que d'une façon indirecte par la présomption *pater is est*. Ainsi ces deux modes ne prouvent ni la paternité, ni l'identité. La paternité n'est que présumée, et l'identité doit faire l'objet d'une preuve distincte dès qu'elle n'est pas constante. La possession d'état au contraire, une fois établie, implique à la fois l'accouchement, l'identité et la paternité. On l'a contesté. D'après certains interprètes, l'enfant qui allègue la possession d'état doit prouver l'accouchement de la femme qu'il dit être sa mère et son identité. La Cour de Toulouse a fait avec raison justice de ce système (Arrêt du 4 juin 1842, D. V^o Paternité, n^o 248). Il est en effet contraire à la nature même de la possession d'état. Du moment, par exemple, qu'un enfant a toujours porté le nom de ses père et mère, qu'il a toujours été traité comme leur enfant, qu'il a toujours été reconnu comme tel dans la famille et dans la société, cela implique évidemment que la

femme, vis-à-vis de laquelle il a la possession d'état d'enfant légitime, est sa mère, par conséquent qu'elle a accouché et que c'est lui, bénéficiaire de la possession d'état, qui est le fruit de cet accouchement. Et ce qui montre bien que tel est le point de vue de la loi, c'est que l'article 321, qui énumère les différents faits que doit prouver l'enfant pour établir sa filiation, ne parle ni de l'accouchement, ni de l'identité. Prouver que j'ai toujours été traité comme l'enfant de Prima par tout le monde et par Prima elle-même, c'est évidemment prouver que Prima est accouchée de moi.

La possession d'état n'a pas seulement, sur le titre et le témoignage, l'avantage de prouver à la fois la filiation maternelle et l'identité de l'enfant. Elle prouve aussi la paternité d'une façon directe, et non pas seulement, comme les deux premiers modes de preuve, d'une façon indirecte et à l'aide d'une présomption. On peut remarquer à cet égard que l'article 321 ne parle même pas de la mère : il faut que l'enfant ait toujours porté le nom du père auquel il prétend appartenir, et que le père l'ait traité comme son enfant. C'est tout naturel. Puisqu'il s'agit d'un enfant légitime, c'est le nom du père qu'a dû porter l'enfant ; c'est aussi le père qui a dû pourvoir aux frais d'entretien, d'éducation et d'établissement de l'enfant. La possession d'état implique donc que le prétendu père a reconnu sa paternité ; la filiation paternelle est aussi établie par l'aveu même du père, et non pas seulement à l'aide de la présomption

« *pater is est* ». Il résulte de là une conséquence importante. C'est que la possession d'état présente encore sur l'acte de naissance et le témoignage le grand avantage de rendre impossible le désaveu du mari. Les faits qu'elle suppose doivent, en effet, dans une très large mesure, émaner du père. Or il est clair qu'un mari ne peut pas, après avoir fait des actes impliquant reconnaissance de sa paternité, vis-à-vis de tel enfant, prétendre le désavouer. Au reste, dans l'immense majorité des cas, les délais pour intenter l'action en désaveu seront expirés lors de la réclamation de l'enfant. Si au contraire nous supposons que le réclamant présente un acte de naissance, le mari peut anéantir la présomption de paternité.

Certes son action ne sera pas facile ; néanmoins elle pourra réussir s'il l'intente dans les délais, en fournissant la preuve des faits exigés par la loi.

Lui faut-il seulement répondre à la preuve par témoins ? Joue-t-il en un mot le rôle de défendeur ? La tâche lui sera facilitée. Il prouvera par tous les moyens les faits propres à démontrer qu'il n'est pas le père de l'enfant, et il ne sera limité, ici, à aucun délai (Code civil, art. 325).

En revanche, l'autorité de la possession disparaît devant un acte de naissance qui donnerait à l'enfant un état contraire (320). Ce n'est pas à dire pour cela que, même si le titre est frauduleux, l'enfant devra conserver l'état mensonger qu'il lui attribue. La preuve contraire

est possible. Cela résulte *a contrario* de l'article 322, qui n'interdit à l'enfant, possesseur d'un acte de naissance, la réclamation d'un autre état, que dans le cas où il a une possession d'état conforme à son titre. L'enfant pourra prouver contre son titre qu'il a été inscrit, soit sous de faux noms, soit comme né de père et mère inconnus (article 323).

Mais alors, dans ce conflit du titre et de la possession d'état, ce ne sera pas la possession d'état qui lui servira à détruire les énonciations de l'acte de naissance, pas plus que le titre ne doit prévaloir sur la possession d'état. Il faut recourir au troisième mode de preuve autorisé par la loi, c'est-à-dire la preuve par témoins.

L'enfant préfère-t-il la filiation qui dérive de la possession d'état ? Il aura deux moyens de l'établir : 1° ou bien un moyen direct, consistant à faire tomber l'acte de naissance comme portant de faux noms, ou comme contenant à tort la mention « père et mère inconnus ». La force probante de l'acte de naissance se trouvant ainsi brisée, la possession d'état reprend de droit son autorité, et la filiation se trouve établie conformément à l'article 320. Si l'adversaire de l'enfant conteste cette possession d'état, il devra s'efforcer de réfuter les faits de possession invoqués par l'enfant ; 2° ou bien l'enfant pourra agir en réclamation d'état et prouver, sous les conditions de l'article 323, c'est-à-dire par témoins, avec commencement de preuve par écrit ou indices, que la

femme, que sa possession d'état lui indique pour mère, est bien réellement accouchée de lui.

L'enfant préfère-t-il la filiation qui dérive de son acte de naissance ? Il n'a rien à prouver. Il lui suffit d'invoquer son titre. C'est à l'adversaire de l'enfant qu'incombera le fardeau de la preuve de la fausseté du titre. Il a le droit de l'établir : cela résulte *a contrario* de l'article 322, qui ne fait obstacle à l'action en contestation d'état que si l'enfant a titre et possession conformes. Tous les modes de preuve lui seront ouverts, puisqu'il s'agit d'un simple fait, et non d'un acte juridique. Enfin l'enfant veut-il établir une troisième filiation, répudiant à la fois celle qui dérive de son titre, et celle qui dérive de sa possession d'état ? Il en a le droit, puisque ces deux premières preuves se contredisent. Il devra exercer l'action en réclamation d'état conformément à l'article 323. Il pourra faire appel à la preuve testimoniale sous la condition de produire au préalable un commencement de preuve par écrit ou des présomptions ou indices graves rendant sa prétention vraisemblable. D'ailleurs l'adversaire de l'enfant pourra combattre sa prétention par les mêmes armes que lui, c'est-à-dire par témoignage et par présomptions (art. 1353).

SECTION III. — Comment se prouve la possession d'état ?

Nous examinerons dans trois paragraphes distincts :

1^o Si la preuve par témoins de la possession d'état est soumise à la condition préalable d'un commencement de preuve par écrit :

2^o Si l'enfant doit prouver le mariage de ses prétendus parents, et comment il devra faire cette preuve ;

3^o Le cas exceptionnel où il peut fournir cette preuve à l'aide de la possession d'état d'époux.

§ 1^{er}. — *L'enfant qui prouve sa possession d'état par témoins est-il soumis à la condition d'un commencement de preuve par écrit ?*

Les faits qui constituent la possession d'état se prouvent par tous les moyens possibles : écrits, témoignages, présomptions.

Nous n'avons rien à dire de l'écrit et des présomptions. Quant à la preuve par témoins, nous pensons qu'elle doit se faire conformément au droit commun, puisqu'il n'y est pas ici dérogé. En effet il ne s'agit pas d'un fait juridique, c'est-à-dire générateur ou transla-

tif de droits ou d'obligations, mais bien de faits matériels qui, par eux-mêmes, ne produisent pas d'effets de droit. Donc, la preuve par témoins doit être admise *de plano* et sans commencement de preuve par écrit. Il est vrai que, dans le cas de l'article 323, le législateur restreint la liberté de la preuve, mais la situation est bien différente. Dans le cas de l'article 323, il s'agit de prouver un fait unique, l'accouchement. Or un très petit nombre de personnes y ont assisté, ou même en ont eu connaissance. Dès lors la preuve testimoniale présente des dangers que la loi a voulu prévenir en exigeant certaines garanties. Ces garanties sont inutiles à l'égard de la preuve de la possession d'état.

Sans doute, en théorie, on dira que le juge va pouvoir reconnaître une possession d'état complète dans un très petit nombre de faits. Mais en réalité les éléments de preuves seront nombreux. La possession d'état ayant été certaine et publique, les témoignages seront variés et précis, et l'enquête présentera en fait des garanties peut-être plus sûres que celles de l'article 323. Le faux témoignage se conçoit difficilement : il faudrait supposer une entente à l'effet de mentir à la justice entre tous ceux qui sont en position de connaître les faits constitutifs de la possession d'état. L'opinion contraire a été soutenue. On a dit que l'article 323 contenait une règle générale en matière de filiation ; dans ce système, toutes les fois que la preuve de la filiation doit résulter du témoignage, il faut,

avant toute enquête, justifier d'un commencement de preuve par écrit. Nous ne parlons pas des autres garanties exigées par l'article 323, des indices et présomptions graves résultant de faits dès lors constants ; les raisons que nous donnerons pour écarter le commencement de preuve par écrit, s'y appliquent. Nous ne retenons dans ce système que la prétention d'imposer à l'enfant, qui prouve par témoins sa possession d'état, l'obligation préalable de représenter un commencement de preuve par écrit. Nous repoussons cette condition que le droit commun n'exige pas, et qui est spéciale à la preuve de la filiation par témoins : elle s'explique par la défiance légitime qu'inspire celui qui réclame une filiation pour laquelle il n'a ni titre ni possession d'état, qui a par conséquent toutes les apparences contre lui. La loi a dû songer à écarter le danger des faux témoignages en dressant contre sa prétention l'obstacle d'un commencement de preuve par écrit. Cette défaveur est loin d'être méritée par celui qui est en possession de l'état qu'il veut démontrer. Comme l'a dit Bigot-Préameneu, il n'y a pas de preuve plus certaine de la filiation que la possession d'état (Locré, III, p. 89).

Outre ces raisons, l'examen des textes suffirait pour condamner les partisans de la condition préalable du commencement de preuve par écrit. L'article 323 exige certaines garanties lorsqu'il n'y a ni titre ni possession d'état. Il constitue une exception certaine aux

principes généraux d'après lesquels un simple fait peut se prouver par témoins *de plano* et sans condition préalable (art. 1348). Par conséquent, le droit commun, en matière de preuve testimoniale, reprend son empire dans le cas de l'article 320 : l'argument *a contrario* est ici décisif, puisqu'il repose sur une décision exceptionnelle.

§ 2. — *L'enfant doit-il prouver le mariage de ses prétendus parents et comment doit-il faire cette preuve ?*

Deux preuves distinctes incombent à celui qui veut établir par la possession d'état sa filiation légitime.

Il doit d'abord prouver le mariage des personnes qu'il prétend être ses père et mère, puis faire la preuve des faits de possession d'état, si ceux-ci sont contestés. Il semble, à première vue, que ces deux preuves se confondent, et qu'en réalité le mariage des parents résulte implicitement de la possession d'état d'enfant légitime. En effet, l'état d'enfant légitime suppose le mariage des parents. Le réclamant a toujours été regardé comme enfant légitime. Il est donc inutile de recourir à une autre preuve pour établir cette légitimité : la preuve par la possession d'état doit se suffire à elle-même.

Nous répondons que reconnaître à la possession d'état d'enfant légitime cette double force probante, ce serait aller à l'encontre du texte de la loi. En vertu du principe que « nul ne peut se créer de titre à lui-même », le Code a exigé, sauf un cas exceptionnel, que le mariage soit établi par un acte authentique. On ne saurait donc faire résulter la preuve du mariage de la possession d'état d'enfant légitime. Autrement on verrait se produire les inconvénients que notre législation a entendu éviter, en édictant les articles 165 et suivants.

Les enfants nés d'un concubinage habilement dissimulé sous les apparences d'une union régulière, pourraient créer à leurs parents la possession d'état d'époux légitimes.

Il est à peine besoin d'ajouter un argument *a contrario* tiré de l'article 197. Ce texte autorise l'enfant à prouver le mariage de ses parents par la possession d'état d'époux, dans un cas exceptionnel et moyennant plusieurs conditions autres que celles de la possession d'état d'enfant légitime. C'est donc que cette possession d'état d'enfant légitime ne suffit pas à elle seule pour dispenser l'enfant de rapporter l'acte de mariage de ses parents.

Nous concluons que le mariage doit faire l'objet d'une preuve distincte, présentée dans les formes ordinaires.

Il a été émis, au cours des travaux préparatoires, en

ce qui touche la façon dont la possession d'état doit être prouvée, une assertion étrange, véritable hérésie juridique. Et ce qui n'est pas moins bizarre, c'est que l'auteur de cette grossière erreur n'est autre que Portalis lui-même, l'un des plus savants parmi les jurisconsultes auxquels nous devons le Code civil. « Il suffit, dit-il, que la possession d'état des père et mère soit énoncée dans l'acte de naissance des enfants, cet acte est leur titre. C'est dans le moment de cet acte que la patrie les a marqués du sceau de ses promesses ; c'est sous la foi de cet acte qu'ils ont toujours existé dans le monde ; c'est avec cet acte qu'ils peuvent se produire et se faire reconnaître ; c'est cet acte qui leur donne une cité et qui les met sous la protection des lois de leur pays... Leur destinée est irrévocablement fixée par l'acte inscrit dans les registres que la loi elle-même a établis pour constater l'état des citoyens, et pour devenir, pour ainsi dire, dans l'ordre civil, le livre des destinées (Locré, II, 394). »

Ces sortes de discours, qu'on rencontre trop souvent dans les travaux préparatoires, et où le souci de la forme littéraire et la recherche de l'effet oratoire paraissent dominer beaucoup la préoccupation de la vérité juridique, ne sont qu'une source de confusion. Que veut dire Portalis ? S'il entend que la possession d'état d'enfant légitime s'établira par la simple production de l'acte de naissance, c'est une erreur évidente. Le texte de la loi, beaucoup plus exact et précis, oppose les

deux preuves l'une à l'autre (art. 320 et 322) : c'est donc bien que l'acte de naissance n'implique pas du tout la possession d'état d'enfant. Veut-il dire que, lorsque les père et mère ont la possession d'état d'époux, l'acte de naissance qui présente un enfant comme leur enfant légitime suffit à prouver leur mariage ? C'est encore une erreur. Il résulte de l'article 197 que lorsqu'un enfant, recherchant sa filiation légitime, veut prouver le mariage de ses parents par la possession d'état d'époux, il doit prouver sa propre filiation par la possession d'état d'enfant non contredite dans son acte de naissance, c'est donc que la production de son acte de naissance n'équivaut pas à la possession d'état d'enfant.

Une fois le mariage prouvé, l'enfant n'a pas à en démontrer la validité ; c'est à son adversaire qu'incombe la preuve de la nullité. Le fardeau de la preuve pour l'enfant comprend uniquement la représentation de l'acte authentique.

Si la nullité du mariage est prononcée, il est clair que la possession d'état d'enfant légitime devient impossible à établir, puisque la légitimité est le fruit du mariage. Nous aurons à nous demander plus tard si l'enfant peut alors établir par la possession d'état sa filiation naturelle.

Au reste, le mariage annulé peut être putatif, s'il y a eu bonne foi chez les époux, ou même chez un seul d'entre eux : dans ce cas, le mariage produira, à l'égard

de l'enfant, les effets d'un mariage valable (art. 201 et 202), et il pourra invoquer sa possession d'état afin d'exercer les droits d'enfant légitime.

§ 3. — *Cas exceptionnel où l'enfant peut prouver le mariage de ses prétendus parents à l'aide de la possession d'état d'époux.*

Il existe un cas exceptionnel dans lequel l'enfant est dispensé de prouver le mariage de ses prétendus parents par l'acte de mariage. Il est prévu dans l'article 197 ainsi conçu : « Si, néanmoins, dans le cas des articles 194 et 195, il existe des enfants issus de deux individus qui ont vécu publiquement comme mari et femme, et qui soient tous deux décédés, la légitimité des enfants ne peut être contestée sous le seul prétexte du défaut de représentation de l'acte de célébration, toutes les fois que cette légitimité est prouvée par une possession d'état qui n'est point contredite par l'acte de naissance. »

L'hypothèse prévue dans cet article est la suivante : l'enfant ignore le lieu où le mariage a été célébré, il ignore peut-être aussi le lieu de sa naissance, ses parents sont morts tous les deux. De leur vivant, il ne s'est pas préoccupé de son état-civil, et il se trouve, après leur décès, dans l'impossibilité de produire non

seulement son acte de naissance, mais encore l'acte de mariage de ses parents. Il eût été injuste de lui refuser tout moyen de prouver sa filiation. Aussi le législateur lui permet-il de suppléer à l'acte de mariage de ses prétendus parents par la preuve de la possession d'état d'époux.

Dès lors la filiation légitime résultera d'une double possession d'état.

Une question s'est élevée sur le point de savoir comment doit se faire la double preuve de l'article 197. Un arrêt de la Cour de Bastia (D. 67, 1. 343) n'exige qu'une seule de ces deux preuves, celle de la possession d'état d'enfant légitime : il n'est pas nécessaire, d'après cet arrêt, que la possession d'état d'époux fasse l'objet d'une preuve distincte. La Cour basait sa décision sur ce que la possession d'état d'enfant légitime implique le mariage des prétendus parents, ou tout au moins leur possession d'état d'époux, laquelle est ici suffisante pour prouver le mariage.

C'était à notre avis donner une fausse interprétation de l'article 197. Ce texte vise deux possessions d'état distinctes, et il faut les établir séparément. Dans le système contraire, ainsi que nous l'avons remarqué, on arriverait à prouver le mariage par la simple possession d'état d'enfant. Or l'article 197 exige formellement que l'enfant soit issu de deux individus « qui ont vécu publiquement comme mari et femme. »

On s'est demandé aussi, en présence des termes de

l'article 197, si la possession d'état d'époux ne suffit pas à prouver la filiation, alors même que le réclamant ne pourrait pas invoquer une possession d'état d'enfant par rapport aux époux, par exemple s'il n'a à sa disposition que la preuve testimoniale ou l'acte de naissance. Ce qui cause le doute, c'est que l'article porte : « Toutes les fois que cette légitimité est prouvée par une possession d'état qui n'est point contredite par l'acte de naissance. » La loi ne mentionne pas formellement la possession d'état d'enfant, et on pourrait dire qu'il ne s'agit que de la possession d'état d'époux. La question sort à la vérité de notre sujet, puisqu'elle suppose un enfant qui n'a pas la possession d'état, tandis que l'hypothèse sur laquelle porte notre étude est celle où il s'en prévaut. Elle est néanmoins si voisine de la question précédente, que nous ne pouvons nous empêcher de donner notre opinion.

Nous appliquons la même solution, à savoir que l'article 197 vise deux possessions d'état distinctes, celle d'époux et celle d'enfant. Bien que le texte soit ambigu dans les termes, la pensée du législateur ne nous paraît pas douteuse. Il se défie de la possession d'état d'époux qui peut être mensongère et déguiser un simple concubinage.

C'est pourquoi il exige qu'elle soit corroborée par la possession d'état d'enfant qui, si elle n'écarte pas tout soupçon de fraude, l'atténue du moins dans une certaine mesure. Il arrive assez souvent en effet que deux

personnes, vivant en réalité en concubinage, aient la possession d'état d'époux et que l'homme fasse inscrire les enfants de cette union sous son nom, en les déclarant issus de son mariage légitime avec sa prétendue épouse. Cet enfant manquera presque toujours de la possession d'état d'enfant légitime, car à un certain moment le père abandonne sa concubine, rentre dans sa famille, se marie, et ne s'occupe plus des enfants de sa première liaison ou, du moins, ne les traite plus comme des enfants légitimes. La possession d'état d'enfant légitime est donc une garantie beaucoup plus grande de la vérité de cette filiation que le simple acte de naissance. D'ailleurs, les termes mêmes de la loi sont favorables à cette interprétation. Il s'agit d'une possession d'état qui peut être contredite par l'acte de naissance : cette opposition ne convient qu'à la possession d'état d'enfant (Merlin, *Répertoire* ; V^o *Légitimité*, sect. 1, § 2 ; *Quest.* VIII).

Nous nous sommes placés jusqu'à présent dans l'hypothèse même prévue par l'article 197, celle du décès des père et mère.

Mais faut-il restreindre le bénéfice qu'il accorde à l'enfant au cas unique prévu par la loi ? Que décider si les père et mère sont tous les deux absents ou sous le coup d'un jugement les frappant d'interdiction ?

Nous pensons que l'article 197 doit être étendu à ces hypothèses.

Il y a en effet identité de motifs : l'enfant se trouve

dans l'impossibilité de représenter l'acte de mariage ; les raisons d'équité qui ont conduit le législateur dans le cas de l'article 197 s'appliquent donc pleinement. L'intention évidente du législateur a été d'autoriser la preuve du mariage par la possession d'état d'époux en faveur de l'enfant qui réclame sa filiation légitime, toutes les fois qu'il se trouve dans l'impossibilité de représenter l'acte de mariage.

Nous indiquons toutefois une différence entre le cas de décès et celui d'absence ou d'interdiction ; c'est que ces deux dernières situations n'ayant rien de définitif, si elles viennent à cesser par le retour de l'absent ou la main-levée de l'interdiction, la filiation pourra être contestée, et l'enfant devra alors prouver, par l'acte authentique de célébration, le mariage de ses parents.

On a pourtant soutenu que le bénéfice de l'article 197 devait être étendu même au cas où l'un des époux est présent, si c'est cet époux qui conteste à l'enfant sa filiation.

En effet, dit-on, il est impossible à l'enfant de se procurer l'acte de mariage, car l'époux présent, se trouvant l'adversaire de l'enfant, se gardera bien de lui faire connaître le lieu où son mariage a été célébré. Nous repoussons cette décision pour deux raisons : d'abord nous ne sommes pas dans les termes de l'article 197. D'autre part la négation du mariage par le défendeur fait tomber la possession d'état d'époux, que l'enfant aurait besoin d'établir.

SECTION IV. — De l'indivisibilité de la possession d'état.

Faut-il que l'enfant prouve les faits de possession d'état à la fois à l'égard du père et de la mère ? Suffit-il qu'il la prouve à l'égard de l'un d'eux pour jouir des droits d'enfant légitime soit par rapport à ce dernier, soit même par rapport à l'autre époux ? En un mot, la possession d'état est-elle divisible ? Il semble au premier abord que cette question ne puisse même pas se poser, la possession d'état supposant établis à la fois le lieu de maternité et celui de paternité.

Cependant il s'est élevé sur ce point une controverse célèbre. On s'est d'abord demandé s'il suffisait que l'enfant eût la possession d'état à l'égard de l'un seulement des époux, et, dans le cas, de l'affirmative si la possession d'état prouvée à l'égard de l'un produisait effet à l'égard de l'autre.

M. Bonnier a toujours admis la divisibilité de la possession d'état, mais il a varié quant aux conséquences à tirer de ce principe. Dans la première édition de son traité des preuves, il avança que la possession d'état peut être donnée à son enfant par une femme mariée, à l'insu de son mari.

Ce système n'est pas acceptable. Quelle est la prétention de l'enfant ? C'est d'établir sa filiation légitime. Cette filiation ne ressort nullement de la possession

d'état qu'il invoque. Il n'a pas de père légitime. Or on le suppose né pendant le mariage. On arrive ainsi à la preuve de la filiation adultérine ; or nous savons que cette preuve est interdite (art. 335 et 342). Nous voilà loin du but poursuivi par le réclamant. Aussi M. Bonnier abandonna-t-il sa première opinion, et dans les éditions suivantes de son ouvrage, il admit que la possession d'état émanée d'un seul des époux suffisait pour prouver sa filiation légitime à l'égard de l'autre.

Si la possession d'état, dit-il, a été donnée à l'enfant par le mari, il n'y a aucun doute à avoir sur la filiation de l'enfant.

Que si c'est une femme mariée qui a donné à un enfant la possession d'état d'enfant légitime, le mari doit être réputé père de l'enfant en vertu de la maxime « *pater is est* » (Bonnier, Traité des preuves, 4^e édit, p. 251 et suiv. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, Commentaire du Code civil, 1^{er} n^o 456).

Un arrêt de la cour de Toulouse, en date du 4 juin 1842, semble venir à l'appui de ce second système (Dall V^o Paternité). Un enfant qui n'avait la possession d'état d'enfant légitime que vis-à-vis de sa mère, invoquait cette possession d'état pour prouver sa filiation vis-à-vis du mari de cette dernière. Il avait eu gain de cause en première instance, et la Cour d'appel de Toulouse ratifia sa prétention en déboutant les appelants et en confirmant le premier jugement. « Attendu que fût-il certain ainsi que le soutiennent les appelants, que l'en-

quête ne constate nullement la possession d'état de la femme Sorbère spectivement à J. Maulevée (le prétendu père), les rapports légaux de celui-ci avec la première ne sauraient en recevoir la moindre atteinte soit parce que les principes du droit les protègent, soit parce que les faits de la cause démentent sur ce point l'assertion des appelants ».

Nous pensons au contraire avec la majorité des auteurs et des arrêts que la possession d'état est indivisible, et qu'elle doit exister à l'égard de chacun des époux. A nos yeux la possession d'état qui n'existe qu'à l'égard de l'un des époux, n'est pas une véritable possession d'état d'enfant légitime (Paris 11 juin 1814 : S. 15, 2. 17 ; Paris, 25 mai 1852, D. 52, 2. 289).

Tout d'abord il n'est pas soutenable qu'une femme mariée puisse, en traitant un enfant comme si elle l'avait eu de son mari, attribuer à ce dernier une paternité mensongère. Cet enfant qu'elle a élevé à l'insu de son mari, que ce dernier n'a ni élevé, ni établi, a une conception suspecte. Il serait inique qu'une femme pût glisser par ruse dans la famille de son mari, un enfant qu'elle doit à un adultère. Le texte de la loi autant que son esprit répugnent à un pareil résultat. C'est pour l'empêcher que la loi, dans l'article 316, ne fait courir contre le mari le délai de l'action en désaveu, à l'égard de l'enfant dont la naissance lui a été cachée, qu'à partir de la découverte de la fraude. La femme aurait un moyen d'éluder l'application de ce texte, si elle

pouvait, en traitant cet enfant comme s'il était légitime, lui donner d'une façon absolue le bénéfice de la possession d'état d'enfant légitime. La possession d'état d'enfant en effet, est en principe exclusive de l'action en désaveu. D'autre part, l'article 321, qui définit cette possession d'état, y fait principalement entrer des faits relatifs au père : c'est le père qui doit avoir donné son nom à l'enfant, qui doit faire les frais de son entretien, de son éducation et de son établissement. Il résulte de là, d'une façon absolument certaine à nos yeux, que l'œuvre personnelle du père est indispensable à la possession d'état. — Qu'on ne nous objecte pas la présomption « *pater is est* ». Cette présomption a toute sa force, sauf l'action en désaveu, quand la filiation est établie par l'acte de naissance. Cette force existe encore, mais avec moins d'énergie, c'est-à-dire avec une latitude plus large pour l'action en désaveu, quand la filiation est prouvée par témoins. Enfin la présomption cesse complètement lorsqu'il s'agit de la preuve par la possession d'état.

Est-ce à dire que la possession d'état vis-à-vis du père suffira, et que nous nous passerons de faits personnels à la mère ? Pas davantage. Il est vrai que l'article 321 vise principalement le père ; mais cela tient à ce que c'est lui qui, habituellement, s'occupe de la direction de ses enfants, et du paiement des frais nécessités par leur entretien et leur éducation. Le législateur vise le *quod plerumque fit*. D'ailleurs l'article

321 exige « une réunion de faits qui indiquent le rapport de filiation entre un individu et sa famille ». Or il est évident que la mère est pour l'enfant un des membres les plus essentiels de sa famille.

Cependant il existe, à notre avis, un cas particulier dans lequel la règle que nous avons posée cesse de s'appliquer pour des raisons d'équité. C'est celui où le père de l'enfant est décédé à une époque très rapprochée de la naissance de ce dernier. Il serait en effet souverainement injuste de refuser à l'enfant la possibilité de prouver sa filiation. La loi, pour les mêmes raisons, a permis exceptionnellement la preuve du mariage par la possession d'état, lorsque l'enfant, ignorant le lieu du mariage de ses parents, se trouve dans l'impossibilité de représenter l'acte de célébration (art. 197). Et pourtant il s'agissait de reconnaître un état que les époux peuvent se créer eux-mêmes, tandis que, dans l'hypothèse que nous supposons, le magistrat aura, pour s'éclairer, certains moyens de contrôle : il examinera par exemple, quelle a été l'attitude de la famille paternelle. Si elle a reconnu l'enfant comme issu de l'union des deux époux, il y a tout lieu de présumer que le moins qu'il aurait survécu, le père aurait donné lui-même à l'enfant la possession d'état, comme l'a fait sa femme. Il est aussi impossible d'établir des faits de possession d'état, vis-à-vis du père qui est prédécédé à la naissance, ou qui a survécu de très peu de temps à cet événement, que de les prouver vis-à-vis d'une mère

morte en couches (Valette, Explicat. sommaire du livre I^{er} du C. civ., p. 177).

Mais que décider en cas d'absence du mari ?

Distinguons :

S'agit-il de l'absence prise au sens juridique du mot, c'est-à-dire dans le sens de l'incertitude d'existence ?

Nous appliquons la même décision qu'au cas précédent.

Que si le père a été simplement non présent, son existence n'étant d'ailleurs nullement douteuse, nous appliquerons une solution différente. Le fait, de la part de ce prétendu père, de ne pas s'inquiéter du sort de l'enfant, est par lui-même destructif de la possession d'état.

CHAPITRE II

DES CAS DANS LESQUELS LA POSSESSION D'ÉTAT S'APPLIQUE.

Aux termes de l'article 320, « à défaut de ce titre (l'acte de naissance) la possession d'état d'enfant légitime suffit ». Ainsi la preuve par la possession d'état est admise toutes les fois que l'acte de naissance ne peut pas être représenté, « à défaut de titre », comme dit le texte.

Les rédacteurs du Code civil n'avaient tout d'abord autorisé ce mode de preuve que dans les cas prévus par l'article 46. La première rédaction de l'article 320, portait : « Si les registres sont perdus ou s'il n'en a pas été tenu, la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit ».

C'était restreindre à deux hypothèses très rares l'emploi de la preuve par la possession d'état. Or, il peut arriver en des cas moins exceptionnels que la preuve par l'acte de naissance fasse défaut. Par exemple, l'acte de naissance existe, mais l'enfant ignore le lieu de sa naissance, ou bien il a été inscrit

sur les registres de l'état civil, comme né de père et mère inconnus.

D'ailleurs, dans le cas de l'article 46, la loi admet la preuve testimoniale, même sans commencement de preuve. Donc, dans le système du projet, on accordait à l'enfant un droit dont, à la rigueur, il pouvait se passer en recourant à la preuve par témoins, tandis qu'on lui refusait ce droit dans tous les autres cas où il n'a pas d'acte de naissance : or, c'est précisément dans ces autres cas que la preuve par témoins lui était interdite de *plano*, et qu'il n'aurait pu trouver de secours que dans la preuve par la possession d'état. N'était-il pas bizarre de lui refuser la preuve par la possession d'état quand il en avait absolument besoin, et de la lui accorder quand il n'en avait que faire ? D'autre part, en quoi l'enfant est-il plus reprehensible de ne pas rapporter un acte de naissance, lorsque les registres de l'état civil ont été régulièrement tenus dans la commune où il est né, que lorsqu'il n'a pas existé de registres, ou que ces registres ont été détruits ? Était-ce à lui à veiller à la rédaction de son acte de naissance ? Est-il coupable d'ignorer le lieu où il est né ?

Plusieurs tribunaux d'appel, entre autres celui de Paris, représentèrent ce qu'il y avait d'illogique et d'arbitraire dans ces distinctions de la rédaction primitive. C'est sur ces observations que le Conseil d'État adopta la formule actuelle : « A défaut de titre, la pos-

session constante de l'état d'enfant légitime suffit » (Loché, V, p. 133). Ainsi il n'y a pas à distinguer aujourd'hui les causes pour lesquelles il n'y a pas de titre. L'enfant n'a même pas besoin d'indiquer la cause pour laquelle il n'a pas de titre ; du moment qu'il n'en a pas, il peut prouver par la possession d'état (Aubry et Rau, § 544, note 13).

S'il suffit, pour rendre admissible la preuve de la filiation légitime par la possession d'état, que l'enfant n'ait pas d'acte de naissance, nous pensons, avec non moins de fermeté, que cette condition est nécessaire. J'entends par là que, si l'acte de naissance existe, la preuve par la possession d'état est exclue ; c'est le titre qui décide, car il est la preuve par excellence de la filiation. Donc, d'une part, l'enfant peut se prévaloir de son acte de naissance, quand même il aurait une possession d'état contraire ; la loi en effet ne dit pas que la preuve de la filiation par l'acte de naissance n'a lieu qu'à défaut d'une possession d'état différente. D'autre part, il ne pourrait pas invoquer une possession d'état que contredit son acte de naissance ; dans ce cas, il se heurterait à l'article 320 qui n'admet la possession d'état qu'à défaut de titre. Pour prouver contre son titre, il faut qu'il démontre : Ou bien qu'il a été inscrit sous de faux noms. Dans ce cas, prévu par l'article 323, l'enfant ne pourra pas prouver sa filiation par possession d'état ; son seul recours sera la preuve testimoniale, et encore faudra-t-il pour cela qu'il ait un

commencement de preuve par écrit, ou qu'il puisse invoquer des présomptions ou indices ;

Ou bien qu'il a été inscrit comme né de père et mère inconnus : ici encore il devra avoir recours à la preuve testimoniale, sous la même condition préalable.

Mais, dans l'un et l'autre cas, il ne peut pas invoquer la possession d'état. Cela se comprend : quand l'acte de naissance est contraire à la possession d'état, celle-ci perd son autorité, elle est suspecte. L'enfant produit un acte de naissance qui lui donne l'état d'enfant de *Primus* ou qui le présente comme né de père et mère inconnus. D'un autre côté il a la possession d'état d'enfant de *Secundus* et de *Secunda*. Pourquoi donc *Secundus* l'a-t-il fait inscrire sous un faux nom ou comme né de père et mère inconnus, si ce n'est parce qu'il ne considérerait pas cet enfant comme le sien ? Cette conduite de *Secundus* n'est-elle pas destructive de la possession d'état, qui doit, nous l'avons vu, être certaine et constante ? Voilà pourquoi l'enfant doit chercher ailleurs que dans cette prétendue possession d'état, la preuve de sa filiation. Certes, il eût été injuste de l'empêcher de prouver sa véritable filiation, et de lui imposer celle résultant d'un acte de naissance qui peut être faux, qui est lui-même suspect, parce qu'il n'est pas corroboré par une possession d'état conforme. Mais la loi ne devait admettre cette preuve qu'en l'entourant de garanties et de conditions prévenant le

danger des faux témoignages ; elle ne devait pas se contenter d'une possession d'état qui, nous l'avons démontré, n'existe pas, puisqu'elle est infirmée par l'acte de naissance.

CHAPITRE III

DE LA FORCE PROBANTE DE LA POSSESSION D'ÉTAT JOINTE A L'ACTE DE NAISSANCE.

Nous avons supposé jusqu'ici que l'enfant, soit pour rechercher son état, soit pour le défendre en cas de contestation n'avait à son service qu'un seul moyen, la possession de cet état. Nous avons vu que cette preuve n'était pas irréfragable, pas plus du reste que celle résultant de l'acte de naissance isolé. Il nous faut maintenant examiner le cas, de beaucoup le plus fréquent en pratique, où ces deux moyens sont réunis entre les mains de l'enfant, et concourent à lui donner un seul et même état, en un mot, le cas où l'enfant a la possession d'état d'enfant légitime par rapport aux personnes que son acte de naissance présente comme ses père et mère légitimes. La loi attache à la concordance de ces deux preuves une force invincible : toute preuve contraire est impossible.

C'est ce qui nous est dit dans l'article 322 : « Nul ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donnent son titre de naissance et la possession d'état conforme à

ce titre : et réciproquement nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance ».

Nous allons étudier : 1^o le motif de cette disposition ; 2^o son application.

SECTION I. — **Motif de l'article 322.**

Le législateur a voulu assurer le repos des familles, et fixer une limite, passé laquelle la contestation de l'état ne serait plus admise. L'intérêt public le voulait ainsi, tout autant que l'intérêt particulier de l'enfant. La preuve que cette disposition n'est pas dictée par le seul intérêt de l'enfant, c'est qu'aux termes mêmes de l'article, elle peut être retournée contre lui.

Le plus souvent, cette présomption de vérité que la loi attache à la possession d'état jointe à un acte de naissance conforme, sera l'expression de la réalité. Cochin va même jusqu'à dire (t. IV de ses Œuvres, plaidoyer 102, p. 345 et suiv.), que celui qui attaque un état ainsi doublement justifié, serait un imposteur. Ce langage est excessif. Il vaut mieux dire que, quand deux preuves sont telles, comme dans notre hypothèse, que chacune isolément suffit à démontrer l'état d'une personne, la certitude qui résulte de leur réunion confine de très près à la vérité, et qu'il faudrait un con-

cours très exceptionnel de circonstances pour qu'il en fût autrement. Il faudrait supposer, en effet, que deux époux, se procurant un enfant étranger, le fassent inscrire sur les registres de l'état civil comme issu de leur union, et lui donnent ensuite une possession d'état conforme. Une fraude aussi rare et aussi difficile ne pouvait pas arrêter le législateur, alors qu'il s'agissait de protéger les personnes en leur donnant toute sécurité pour la conservation de leur état.

M. Laurent donne de cette disposition législative un autre motif basé sur la nature et l'autorité des différentes preuves qui peuvent être invoquées en matière de filiation. Le législateur a tenu compte aussi des difficultés et de l'incertitude de la preuve testimoniale. En effet, si l'article 322 n'existait pas, c'est par cette dernière preuve qu'on prétendrait prouver une filiation contraire à celle qui résulte du concours de la possession d'état et de l'acte de naissance.

Sans doute on aurait pu exiger un commencement de preuve par écrit. Mais c'est toujours par des témoignages qu'on aurait décidé la question de filiation. On aurait donc préféré une preuve dangereuse et suspecte à des preuves presque sûres (V. Laurent, III, n° 410 *in fine*).

Cette observation est juste en elle-même, et on aurait raison de la faire valoir contre le législateur, s'il avait permis d'attaquer une filiation établie par la double preuve supposée. Mais il est fort douteux que ce

soit ce motif qui l'a fait déterminé; ce qui est certain, c'est que nous ne trouvons pas trace de cette considération dans les travaux préparatoires. La véritable raison de l'article 322, et elle est suffisante pour l'expliquer, consiste dans la nécessité de restreindre les questions d'état, quand bien même les présomptions les plus graves existeraient en faveur d'une autre filiation, et cela afin d'éviter l'incertitude de la condition des personnes, qui serait une source de trouble dans les relations entre les hommes; de faire obstacle à des procès qui bouleverseraient des familles et scandaliseraient la société.

Certes, il pourra résulter de là que, dans certains cas, des individus auront une filiation mensongère. Mais entre deux maux, le législateur, avec raison, a choisi le moindre.

SECTION II. — Application de l'article 322.

Pour que l'article 322 produise son effet de prouver la filiation d'une façon absolue, il faut, d'après son texte même, que la possession d'état soit « conforme au titre ». Cette condition suppose l'identité entre la personne citée dans l'acte de naissance, et celle qui jouit de la possession d'état. Cette identité ne doit soulever aucun doute : sinon la preuve contraire est

possible car on ne se trouve plus dans l'hypothèse prévue par l'article 322. A ce point de vue se sont élevées deux questions, la première relative à la substitution d'enfant, la seconde à la falsification de l'acte de naissance.

Première question. — L'enfant peut-il prouver qu'il a été l'objet d'une substitution ?

Nous distinguerons deux cas :

Premier cas. — L'enfant offre de prouver une substitution antérieure à la rédaction de l'acte de naissance. Par exemple, *Primus* et *Prima* ont un enfant A; *Secundus* et *Secunda* ont un enfant B, qu'ils substituent frauduleusement à A avant que l'acte de naissance de ce dernier n'ait été dressé. B ne pourra pas prouver qu'il est l'enfant de *Secundus*, et que c'est par l'effet d'une substitution frauduleuse qu'il se trouve avoir aujourd'hui un acte de naissance et une possession d'état qui le font passer pour l'enfant de *Primus*. Sa filiation se trouve fixée d'une façon irrévocable vis-à-vis de *Primus* et de *Prima*, car il a titre et possession d'état conformes.

Deuxième cas. — L'enfant prétend qu'il a fait l'objet d'une substitution après la rédaction de l'acte de naissance, que ce titre a été rédigé pour un autre enfant disparu depuis. Par exemple, en reprenant les faits de l'espèce précédente, B a été substitué à A, après que ce dernier a été présenté à l'officier de l'état-civil. B a bien la possession d'état par rapport à *Primus* et à

Prima, mais l'acte de naissance n'est pas conforme, car c'est A et non pas B qui est visé par cet acte. Dès lors la preuve contraire doit être admise ; en un mot, B peut rechercher une autre filiation que celle résultant de sa possession d'état.

M. Laurent repousse cette distinction. D'après cet auteur, la preuve de la substitution n'est même pas possible dans notre seconde hypothèse. Il s'appuie sur le motif qu'il donne de l'article 322 : la filiation établie par deux preuves solides, l'acte de naissance et la possession d'état, ne saurait être déclarée fausse après une enquête toujours sujette à caution. Il est fort douteux, dit-il en substance, qu'on puisse prouver la non conformité du titre et de la possession d'état, alors qu'en apparence cette conformité existe. On ne peut pas contester l'identité de l'enfant qui a possession d'état. Certes des abus sont possibles, mais cette considération n'a pas arrêté le législateur qui, par une maxime absolue, a voulu assurer le repos des familles et la stabilité de l'état. La preuve testimoniale de la non identité de l'enfant avec celui qui est visé par l'acte de naissance est dangereuse, et ouvre la porte à la fraude. Nous reconnaissons la défiance légitime qu'inspire la preuve testimoniale. Mais elle ne suffit pas pour la faire écarter complètement. Le témoignage est la preuve du droit commun. Il n'est pas possible, dans le cas précis prévu par l'article 322, celui de la conformité de la possession d'état et de

l'acte de naissance. Mais dans l'hypothèse d'une substitution postérieure à la rédaction du titre, pourquoi repousser l'enquête? Nous sommes ici en dehors des termes de notre article, dont la disposition est exceptionnelle. Si le titre vise un individu, et que la possession d'état appartienne à un autre, le droit commun doit reprendre son empire, c'est-à-dire qu'on doit admettre la preuve partémoin de la filiation véritable. Il faut se garder de tout excès, et ne pas favoriser, à force de vouloir assurer le repos des familles, ceux qui, par des titres falsifiés et une possession d'état mensongère, voudraient introduire frauduleusement dans une famille honorable des enfants qui lui sont étrangers.

Seconde question. — L'enfant peut-il prouver que son acte de naissance est faux?

Il s'agit ici de savoir si l'on peut s'inscrire en faux contre l'acte de naissance. A la naissance de l'enfant, les déclarations faites à l'officier de l'état-civil étaient exactes, mais elles ont été dénaturées dans l'acte de naissance à l'effet de donner à l'enfant une filiation différente. Le tribunal peut-il, sans violer l'article 322, autoriser l'inscription de faux contre le titre?

Par exemple, l'acte de naissance porte que l'enfant A, tandis qu'en réalité il est né du mariage de *Primus* et de *Prima*, est né de *Secundus* et de *Secunda*; cet enfant a de plus la possession d'état d'enfant de *Secundus* et de *Secunda*: peut-il prétendre que son

acte de naissance est faux, et prouver qu'il est l'enfant de *Primus* et de *Prima*?

Notre opinion est qu'il y a une distinction à faire suivant l'époque à laquelle le faux a été commis. Si c'est au moment de l'acte de naissance, il n'y a pas de controverse. Tout le monde est d'accord pour reconnaître que l'article 322 s'applique, car le titre a bien été rédigé pour l'enfant qui a joui de la possession d'état. L'enfant ne pourra pas démontrer la fausseté de l'acte pour rechercher une autre filiation, et soutenir, dans notre exemple, qu'il est l'enfant de *Primus* et de *Prima*.

Mais si l'enfant soutient que l'acte de naissance a été dressé pour un autre enfant, et que le faux a été commis dans la suite, nous pensons que la preuve de ce faux sera permise. Par exemple, *Primus* et *Prima* ont un enfant A, dont ils font rédiger l'acte de naissance très régulièrement. Plus tard, cet enfant disparaît, ils lui substituent un autre enfant B qu'ils traitent comme leur fils, et l'officier de l'état-civil modifie l'acte de naissance de A pour l'adapter à B. Ou bien encore l'enfant a été à la vérité inscrit comme l'enfant de *Primus* et de *Prima*, mais plus tard l'officier de l'état-civil a altéré son acte de naissance afin de le rendre conforme à sa possession d'état d'enfant de *Secundus* et de *Secunda*. Il y avait en un mot contradiction entre le titre et la possession d'état, et on a falsifié le titre pour rétablir l'accord.

Dans ce second cas, il n'y a pas conformité entre le titre et la possession d'état. Le véritable titre est l'acte primitif, l'acte tel qu'il a été rédigé par l'officier de l'état-civil, et non encore falsifié. Or, cet acte n'était nullement conforme à la possession d'état : c'est par un faux qu'il l'est devenu. L'enfant pourra donc s'inscrire en faux contre l'acte de naissance et rétablir par témoins sa filiation véritable. Nous citerons en ce sens Demante, Cours analytique, II, n° 48 *bis*, 3; Demolombe, V, n° 225, et un arrêt de la Cour d'Amiens, du 9 août 1821.

M. Laurent repousse d'une façon absolue la preuve du faux. Il invoque toujours le même motif, qui, à nos yeux, n'est qu'un cercle vicieux, à savoir que le Code a voulu exclure d'une façon absolue la preuve testimoniale en présence d'un titre et d'une possession d'état conformes. Mais la question est précisément de savoir si cette conformité existe. Une fausse conformité n'est pas la conformité exigée par la loi ; et écartant ainsi la fin de non-recevoir de l'article 322, nous accordons à l'enfant la preuve testimoniale sous les conditions bien entendu auxquelles l'article 323 assujettit cette preuve.

DEUXIÈME PARTIE

DE LA POSSESSION D'ÉTAT ENVISAGÉE COMME PREUVE DE LA FILIATION NATURELLE

L'état d'enfant naturel, comme celui d'enfant légitime, est susceptible d'être possédé. Un homme et une femme non mariés élèvent, établissent un enfant qui, aux yeux de la société et dans leur famille, passe pour leur fils. Cet enfant possèdera vis-à-vis de ces deux personnes l'état d'enfant naturel. Cette possession résultera, comme la possession d'état d'enfant légitime, de faits très nombreux dont les principaux sont énumérés dans l'article 320.

Une différence existe cependant entre ces deux possessions d'état. Nous avons vu que la possession d'état, quand elle s'applique à la filiation légitime, devait s'adresser simultanément au père et à la mère. Ici, au contraire, à raison de la nature même de la filiation naturelle, la possession d'état peut exister soit vis-à-vis

du père et de la mère à la fois, soit seulement à l'égard du père, soit seulement à l'égard de la mère.

Ces notions ne soulèvent aucun doute. En théorie personne ne conteste l'application de la possession d'état à l'état des enfants nés hors mariage.

Mais des difficultés se présentent quand il s'agit de déterminer l'effet de cette possession d'état d'enfant naturel. Souvent cette possession d'état sera accompagnée d'une reconnaissance authentique contenue soit dans l'acte de naissance, soit dans un écrit séparé. Par cette reconnaissance, l'enfant prouvera soit la paternité, soit la maternité naturelle, et par sa possession d'état il établira son identité avec l'enfant visé dans l'acte de reconnaissance.

Cependant il peut arriver que les père et mère, tout en remplissant à l'égard de leur enfant, les charges de la paternité et de la maternité, aient omis de lui assurer, en le reconnaissant, la preuve légale de sa filiation. Alors se pose la question de savoir si l'enfant pourra prouver sa filiation naturelle au moyen de la possession d'état.

Une célèbre controverse s'est élevée à ce sujet. La jurisprudence paraît l'avoir tranchée d'une façon définitive en ce qui touche la paternité, en ce sens que la possession d'état ne prouve pas la filiation naturelle ; mais elle ne paraît pas encore fixée sur la portée de la possession d'état vis-à-vis de la mère naturelle. Nous nous placerons successivement à chacun de ces deux points de vue.

CHAPITRE PREMIER

DE LA POSSESSION D'ÉTAT COMME PREUVE DE LA PATERNITÉ NATURELLE.

Nous soutiendrons : 1° qu'en principe la possession d'état ne prouve pas la filiation paternelle ; 2° qu'elle peut la prouver dans le cas particulier d'enlèvement ; 3° qu'elle prouve l'identité dans le cas de reconnaissance par le père.

SECTION 1^{re}. — **En principe la possession d'état ne prouve pas la filiation paternelle.**

La doctrine généralement enseignée par les premiers interprètes du Code civil était que la possession d'état ne pouvait pas prouver la paternité naturelle. (Delvincourt, I, p. 90 ; Proud'hon, II, p. 143 ; Duranthon, III, n° 238 ; de même les premières décisions de la jurisprudence en cette matière sont en ce sens.

En 1835, le système contraire fut soutenu, pour la première fois, dans un article de la *Revue de Législation*, par M. Demolombe, qui le développa plus tard dans son cours de droit civil. Le savant jurisconsulte s'efforça de démontrer que la possession d'état devait faire preuve de la paternité naturelle, comme de la paternité légitime. Le grand talent et la conviction profonde avec lesquels cette théorie nouvelle fut soutenue, lui acquirent tout d'abord de nombreux adeptes. Mais actuellement la plupart des auteurs et la jurisprudence se refusent à reconnaître à l'enfant naturel le droit d'invoquer, vis-à-vis de son père, la possession d'état.

Nous nous proposons de soutenir cette dernière opinion, et de réfuter la théorie émise par M. Demolombe. Nous nous placerons successivement au point de vue des travaux préparatoires, et au point de vue des textes du Code civil.

§ 4. — *Examen des travaux préparatoires.*

Les partisans de la possession d'état affirment que le législateur a voulu l'admettre d'une façon générale parmi les preuves de la paternité, sans distinguer la paternité légitime et naturelle. Cette intention, disent-ils, ressort clairement de l'examen des travaux préparatoires. « Le Conseil d'Etat, dans sa séance du 26

brumaire an X, étudiait l'article 6 du projet ainsi conçu : « La loi n'admet point la recherche de la paternité non avouée ».

« Le ministre de la justice fait remarquer qu'il est nécessaire d'expliquer les mots de l'article « paternité non avouée ». Ils semblent ne faire résulter l'aveu que d'une reconnaissance inscrite sur le registre public, et cependant cet aveu peut résulter encore d'écrits privés du père et d'autres circonstances (Loché, VI, p. 30).

Le rapporteur, M. Boulay, adopta l'amendement proposé par le ministre.

Lorsque le ministre parle de certaines circonstances constituant un aveu, c'est à la possession d'état qu'il fait allusion, et, craignant que le mot « avouée » ne fasse songer qu'à la reconnaissance authentique, il signale l'amphibologie de cette expression qui doit pourtant viser la possession d'état. Aucune objection n'ayant été faite à cette interprétation du ministre, il faut en conclure que le Conseil d'Etat considérait la possession d'état comme un mode de preuve de la paternité naturelle.

Nous répondons à nos adversaires qu'ils donnent une fausse interprétation des paroles du ministre. Nous les interprétons précisément en sens contraire. Le texte du projet : « la loi n'admet point la recherche de la paternité non avouée », était trop large en ce sens qu'il paraissait permettre la recherche de la paternité

avouée de toute espèce de façons, même par possession d'état. Le but de la modification demandée par le ministre était d'éviter cette confusion, et de repousser la possession d'état comme preuve de la paternité. La réclamation fut acceptée, et, à la deuxième rédaction de l'article 6 du projet, devenu l'article 340 du Code civil, les mots « non avouée » furent supprimés. Il est évident que cette suppression n'aurait pas eu lieu, si les auteurs du Code avaient entendu attacher la force probante à la possession.

M. Demolombe interprète encore en sa faveur un autre passage des travaux préparatoires. Dans la même séance du 26 brimaire an X, on discuta l'article 7, qui autorisait la recherche de la maternité naturelle sous les conditions suivantes : « Cette filiation ne pourra résulter que de l'accouchement de la mère, et de l'identité du réclamant avec l'enfant dont la mère est accouchée. Le réclamant ne pourra être admis à la preuve testimoniale de ces faits s'il n'a un commencement de preuve par écrit, ou une possession constante de la qualité de fils naturel de la mère qu'il réclame ».

Portalès s'éleva contre cette dernière phrase de l'article 7, qui ne faisait de la possession d'état qu'une preuve incomplète de la filiation maternelle. « La possession constante, dit-il, est une preuve de l'état. En général, toutes les fois qu'on jouit de son état publiquement et sans trouble, on a le plus puissant de tous les titres ; il serait donc absurde de présenter la pos-

session constante comme un simple commencement de preuve, puisque cette sorte de possession est la plus naturelle et la plus complète de toutes les preuves. Des faits de possession isolés, passagers et purement indicatifs peuvent n'être qu'un commencement de preuve, mais il y a preuve entière, lorsqu'il y a possession constante. »

Le sens général des paroles de Portalis indique qu'il considérait la possession d'état comme une preuve complète aussi bien de la paternité que de la maternité. Son opinion fut-elle adoptée ? M. Demolombe pense que oui, et il invoque, à l'appui de son opinion, la deuxième rédaction de l'article 7 arrêtée à la séance suivante le 12 frimaire. D'après le nouveau texte, qui est devenu notre article 341, « l'enfant qui réclamera sa mère sera tenu de prouver qu'il est identiquement le même que l'enfant dont elle est accouchée. Il ne sera reçu à faire cette preuve par témoins que lorsqu'il aura déjà un commencement de preuve par écrit. » On ne parle plus de la possession d'état parce qu'on ne voulait plus y voir une simple condition d'admission de la preuve testimoniale, mais bien une preuve distincte de la filiation naturelle, faisant à elle seule concurrence à la preuve testimoniale jointe à un commencement de preuve par écrit, et suffisant par elle-même à prouver la maternité aussi bien que la paternité.

Nous accordons sans difficulté, en vertu de l'observation précédente, que Portalis était d'avis, du moins

ce jour-là, car nous verrons qu'il changea ensuite d'opinion, de voir dans la possession d'état une preuve complète de la maternité et de la paternité. Mais nous ne croyons pas que telle ait été l'opinion des rédacteurs du Code civil, et que la modification faite à l'article 7 ait été inspirée par l'idée, indiquée par M. Demolombe, de faire de la possession d'état une preuve distincte et complète par elle-même. En effet, l'orateur qui succéda à Portalis, Berlier, prit le contre-pied de la théorie de Portalis; il s'occupe des garanties qui devront être fournies par le réclamant avant de faire la preuve de l'accouchement et de l'identité. Voici ce que porte le procès-verbal de la séance.

« Berlier pense qu'il convient de maintenir ces mots : preuve par écrit. Ce n'est pas ici comme dans le cas où un enfant réclame les droits de la légitimité; alors toute espèce de preuve doit être admise. Mais si l'on donne la même latitude aux enfants nés hors mariage, on expose la femme à craindre une action flétrissante pendant tout le cours de sa vie. Il est donc nécessaire de modérer cette action afin qu'elle n'entraîne pas d'abus, et dès lors il convient d'exiger un commencement de preuve par écrit ou des faits de possession (Loché, III, p. 126). » On voit que Berlier abandonne complètement le système de Portalis. La discussion roule toujours sur le point de savoir quelles garanties devront être exigées pour l'admission de la recherche de la maternité. Mais il n'est pas question de la possession d'état en

tant que preuve distincte. La preuve qu'on abandonnait le système de Portalis, c'est que le procès-verbal de la séance ne mentionne pas ses paroles. Ce silence est significatif, car d'autres amendements, tels que ceux proposés par de Malleville et par le Ministre de la justice, s'y trouvent relatés.

Si nous nous reportons maintenant au compte rendu de la séance du 29 fructidor, an X, nous voyons que la première idée de Portalis avait été abandonnée, même par son auteur. On discutait dans cette séance l'article 23 du projet, aujourd'hui l'article 336, aux termes duquel « la reconnaissance du père, si elle est désavouée par la mère, sera de nul effet ». Emmery et Cambacérès, firent remarquer la rigueur de cette disposition, qui mettait à la merci de la mère le droit que doit posséder le père de reconnaître son enfant. Le premier de ces orateurs proposa de rendre le désaveu inefficace, s'il était contredit par un aveu émanant du père. Et nous entendons Portalis dire, à propos de cet aveu, qu'il est des circonstances qui ne sont pas moins fortes que l'aveu positif, pour opérer la conviction, telles sont par exemple l'éducation, les soins donnés à l'enfant, en un mot ce qu'on appelle le traitement (Locré, IV, p. 164). Cambacérès et Berlier se rangèrent à l'avis de Portalis.

Que conclure de là, sinon que la possession d'état n'avait jamais été considérée comme une preuve de la paternité naturelle ? Sans cela on ne comprendrait.

guère pourquoi Portalis propose de lui faire jouer ce rôle secondaire, de ne lui accorder que le seul effet de rendre possible, à l'encontre du désaveu de la mère, la reconnaissance expresse du père.

Si nous passons maintenant à l'exposé des motifs, nous entendons Bigot-Préameneu faire le panégyrique de la possession d'état d'enfant légitime, qui est, dit-il, le mode de preuve le plus ancien, le plus naturel, le plus sûr de cette filiation. Mais ensuite, lorsqu'il arrive à la filiation naturelle, nous trouvons dans ses paroles la preuve certaine qu'il repoussait ici la possession d'état.

Enfin nous trouvons, dans les précédents historiques de notre législation, un argument à nos yeux décisif ; nous l'empruntons à un arrêt de la Cour d'Orléans du 10 mai 1860 (D. 60, 2. 144). La loi de brumaire an II, pourtant très favorable aux enfants naturels, ne leur permettait de prouver, par la possession d'état, leur filiation, soit à l'égard de leur mère, soit à l'égard de leur père, que s'ils étaient l'un et l'autre décédés lors de la promulgation de cette loi. Pour l'avenir, et en attendant la promulgation du Code civil, elle ordonnait que cette filiation fût constatée par un acte authentique de reconnaissance. Donc, au moment de la rédaction du Code, la possession d'état n'était pas admise comme preuve. La question qui se pose dès lors est de savoir si les auteurs du Code ont voulu innover, ou s'ils ont simplement entendu maintenir le droit existant. Il est

clair que les changements de législation ne se font pas par voie de silence ; si les rédacteurs n'ont rien dit touchant la possession d'état, c'est qu'ils voulaient laisser subsister sur ce point le droit antérieur. Or ce droit est certain : la possession d'état n'était pas une preuve de la filiation naturelle. Il en est donc de même aujourd'hui.

§ 2. — *Examen des textes du Code civil.*

L'examen des textes du Code civil ne nous paraît pas moins concluant en notre faveur que celui des travaux préparatoires.

La première question qui se pose est celle de savoir si le législateur a admis, dans le chapitre qui traite des enfants naturels, la preuve par la possession d'état. Or ce chapitre ne contient aucune disposition concernant ce mode de preuve, et ne parle que de la reconnaissance par acte séparé ou insérée dans l'acte de naissance. Aucun article ne semble considérer expressément ou tacitement la possession d'état comme un mode de preuve de la paternité naturelle.

Pourrait-on argumenter par analogie, et dire que l'article 320, en l'absence d'un texte positif, doit être étendu à la filiation naturelle ? On l'a soutenu. Le chapitre II du titre de la paternité et de la filiation contient

draient les règles générales, le droit commun des preuves en matière de filiation. Ces règles s'appliqueraient donc, en principe, tout aussi bien à la filiation naturelle qu'à la filiation légitime. Quand le législateur a voulu y déroger, il l'a fait d'une façon précise. Il ne faut pas s'étonner par conséquent du silence de la loi au sujet de la possession d'état. Un texte formel serait au contraire nécessaire pour rejeter ce mode de preuve.

Nous repoussons ici l'argument d'analogie, et cela pour deux raisons :

Le texte même de l'article 320 ne prête pas à l'extension qu'on veut lui donner. Il porte : « A défaut de titre, la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit ». A quel titre la loi fait-elle allusion ? Evidemment à l'acte de naissance dont il est parlé dans l'article précédent, or l'acte de naissance de l'enfant naturel n'est pas un titre, dans le sens où l'entend le législateur. Ces premiers mots de l'article suffisent pour montrer l'intention du législateur en édictant l'article 320. La partie finale du texte vient confirmer cette interprétation. Si l'article 320 avait trait à la filiation naturelle, il n'exigerait pas la possession d'état d'enfant légitime ; il disposerait en général et non restrictivement.

Et même en supposant que le Code n'ait parlé, dans l'article 320, ni du défaut de titre, ni de la possession d'état d'enfant légitime, s'il avait seulement reconnu dans la possession d'état une preuve de la filiation,

sans spécifier formellement son application à la filiation légitime, il semblerait que la solution dût être la même. Sans doute certaines règles contenues dans le chapitre II sont communes à la filiation légitime et à la filiation naturelle. Il en est ainsi des dispositions des articles 326 et 327 qui établissent la compétence exclusive des tribunaux civils en matière d'actions en réclamation d'état et qui donnent le pas à l'action civile en réclamation d'état sur l'action publique pour un délit ou un crime de suppression d'état, mais il est clair que sur ces deux points le législateur n'avait pas de raison d'adopter pour la filiation naturelle des règles différentes : les motifs qui ont inspiré ces articles sont indépendants de la nature de l'état en question ; il y aurait même un argument *a fortiori* pour les appliquer à la filiation naturelle qui implique des recherches plus délicates, plus difficiles que la filiation légitime.

Les modes de preuve de la filiation sont au contraire de droit étroit, car ils touchent essentiellement à l'organisation de la famille et de la société. Si ce principe est vrai en général, à plus forte raison doit-on l'appliquer à notre matière : la preuve de la filiation naturelle cause beaucoup plus de troubles dans une famille, beaucoup plus de scandale dans la société, que celle de la filiation légitime.

Cette interprétation restrictive de l'article 320 est du reste en harmonie parfaite avec l'esprit qui a guidé le

législateur, chaque fois qu'il s'est occupé des enfants illégitimes. « Si le Code est muet, dit Marcadé, son silence a une signification. Les principes nous disent assez que la preuve des filiations naturelles est loin d'être aussi favorable que celle des filiations légitimes. L'article 320 est donc exclusivement applicable aux filiations légitimes. »

La volonté du législateur ne s'est pas seulement manifestée par l'économie générale du titre de la filiation, et par l'application à la seule filiation légitime de la preuve par la possession d'état. Un texte précis s'oppose à ce que la possession d'enfant naturel puisse servir à prouver la paternité. En effet, aux termes de l'article 340, « la recherche de la paternité est interdite. » Il semblerait que ce texte ait dû clore la discussion. N'est-ce pas rechercher la paternité que d'invoquer la possession d'état pour la prouver ?

Pour écarter l'article 340, Demolombe nous entraîne sur un autre terrain. L'article 340, dit-il, ne s'applique pas à la possession d'état. Cet article vise la recherche de la paternité ; or la possession d'état n'est pas une recherche ; c'est une véritable reconnaissance. L'homme qui a traité publiquement un enfant comme le sien, qui l'a présenté comme tel à sa famille et à la société, l'a reconnu. Cette reconnaissance, bien que tacite, présente plus de garanties que celle mentionnée dans un simple écrit, résultat peut-être d'une surprise, d'une complaisance d'un instant, ou d'un moment de

faiblesse pour échapper aux obsessions de la mère de l'enfant. Avec la possession d'état aucun doute n'est possible : il est certain que la volonté du père s'est librement manifestée. Nous avons déjà vu d'ailleurs qu'à un autre point de vue la possession d'état est supérieure à la reconnaissance écrite ; elle prouve l'identité.

La preuve de cette reconnaissance ne constitue pas une recherche de paternité. Lorsque la reconnaissance authentique, méconnue est établie en justice, on ne considère pas ce débat comme une recherche. Ici la situation est la même. L'enfant possède son état ; la paternité est prouvée par là même, tout comme si l'enfant avait entre les mains un acte authentique. On ne recherche pas ce que l'on possède. Si le texte de l'article 340 n'est pas applicable à la possession d'état, ses motifs, ajoute Demolombe, ne le sont pas davantage. Le législateur, en interdisant la recherche de la paternité, a voulu éviter les débats scandaleux dont notre ancien droit avait été témoin. Cette raison ne s'applique pas à la possession d'état. Elle n'a pas pour objet de prouver, comme la preuve par témoins, les relations qui ont existé entre un homme et une femme, mais bien d'établir une reconnaissance tacite, qui n'est ignorée de personne.

Nous reconnaissons sincèrement toute la valeur, toute la justesse de ces considérations ; nous sommes d'accord avec Demolombe pour dire que la preuve par la posses-

sion d'état serait meilleure, plus naturelle et plus sûre que la reconnaissance authentique elle-même. Oui, la simple signature d'un homme peut être le résultat d'une erreur ou d'une faiblesse, tandis que les faits de possession d'état, le fait de l'homme qui, à la naissance de l'enfant, lui cherche une nourrice, le visite, s'informe de ses besoins, plus tard le fait instruire et l'établit, ces faits sont le cri même de la nature, le témoignage éclatant de la paternité, et nous serions loin de désapprouver un législateur qui inscrirait dans un article formel la possession d'état au nombre des preuves de la paternité naturelle. Mais n'oublions pas que nous traitons une question de droit, et qu'il s'agit de savoir si, dans l'état actuel de notre Code civil, étant donné en particulier les termes si nets de l'article 340, cette preuve peut être admise par nos tribunaux. Les termes de la question ainsi posés, nous n'hésitons pas à repousser le système de Demolombe, et cela pour deux raisons : En premier lieu, il est impossible de soutenir que l'enfant qui veut établir sa filiation par la possession d'état ait une preuve toute faite. Invoquer la possession d'état et la prouver sont deux choses bien différentes. C'est cette preuve des éléments de la possession qui constitue une recherche de la paternité.

Supposons que les faits de possession avancés par le réclamant soient déniés en justice. Demolombe dit que le débat qui s'engage alors sur la réalité de ces faits ne constitue pas une recherche de la paternité, pas plus

que dans le cas où la reconnaissance authentique est méconnue. La situation est pourtant bien différente. Quand l'enfant représente une reconnaissance expresse, c'est une preuve toute faite qu'il fournit, quitte à défendre son titre s'il est attaqué. Au contraire, avec la possession d'état, il doit tout d'abord prouver les faits qu'il invoque. N'est-ce pas une recherche prévue et prohibée par l'article 340 ?

En outre quand bien même on y verrait une reconnaissance, comment concilier cette théorie avec la règle de l'article 334, aux termes duquel la reconnaissance doit être faite par écrit et sous certaines conditions : cette règle n'exclut-elle pas d'une façon formelle la reconnaissance qui résulterait de la possession d'état ?

Nous concluons que, quel que soit le point de vue auquel on se place, la paternité naturelle ne peut être prouvée au moyen de la possession d'état. Nous pouvons invoquer en ce sens une jurisprudence constante (Caen, 1^{er} mars 1860, D. 61, 1. 12 ; Orléans, 10 mai 1860, D. 60, 2. 144 ; Req. 16 déc. 1861, D. 62, 1. 29 ; Agen, 27 nov. 1866, D. 66, 2. 245).

En somme l'examen des travaux préparatoires démontre que le législateur de 1804 a entendu maintenir à l'égard des enfants naturels les dispositions de la loi du 12 brumaire an II, tout au moins en ce qui concerne la paternité. Les textes et les principes en matière de preuve, confirment pleinement les résultats de cet examen. M. Laurent caractérise d'un mot le sys-

tème que nous venons de réfuter : « Les arguments que M. Demolombe fait valoir, dit-il, sont excellents, mais ils s'adressent tous au législateur ».

SECTION II. — Cas exceptionnel où la possession d'état peut prouver la paternité naturelle.

Dans le cas exceptionnel prévu par l'article 340, la possession d'état pourra intervenir comme un des éléments de preuve de la paternité, mais il faut tout d'abord, pour que le ravisseur soit déclaré le père de l'enfant, que l'époque de l'enlèvement se rapporte à celle de la conception. Ce point une fois établi, le juge ne doit pas nécessairement reconnaître la paternité comme prouvée. Ce sont les circonstances de la cause et en particulier la possession d'état, si elle existe, qui détermineront sa conviction.

SECTION III. — La possession d'état prouve l'identité lorsque le père a reconnu l'enfant.

Au reste si la possession d'état ne peut suppléer la reconnaissance du père, elle peut être certainement invoquée, lorsqu'il y a reconnaissance, mais que l'identité de l'enfant est contestée, pour prouver cette identité. Voici par exemple un enfant qui se présente à la succession de mon frère pour y exercer les droits d'enfant

naturel en produisant un acte de reconnaissance. Je reconnais que mon frère a eu un enfant naturel, mais je nie que le réclamant soit cet enfant, en soutenant que le dit enfant est décédé. Mon adversaire pourra incontestablement invoquer la possession d'état pour prouver son identité (Req., 10 février 1847, D. 47, 1. 49). Il n'y a point là en effet une recherche de paternité. La reconnaissance authentique du père constitue pour l'enfant un droit acquis. Sans doute, la justification de la possession d'état aura pour résultat, en prouvant l'identité, d'établir la paternité, mais elle n'interviendra que comme un accessoire : la preuve directe résultera du titre : la possession d'état détermine simplement à qui s'applique le titre.

Cette preuve des faits constitutifs de possession d'état, en vue d'établir l'identité ; se fera par tous les moyens possibles : écrits, présomptions, témoignages.

La preuve par témoins sera-t-elle admise *de plano*, ou exigera-t-on des conditions préalables, commencement de preuve par écrit, ou des présomptions ou indices résultant de faits constants ? Nous retrouvons ici la même question que pour la filiation légitime. Elle fait encore l'objet d'une controverse.

Dans un premier système on n'admet la preuve par témoins qu'autant qu'il existe un commencement de preuve par écrit. On ne devra pas se contenter de présomptions ou indices pour suppléer cet écrit. Cette

opinion se fonde sur l'article 341 qui exige cette condition préalable dans l'action en recherche de la maternité. Dans le cas de l'article 341 comme dans celui qui nous occupe, dit-on, il s'agit de prouver l'identité ; il n'y a pas de bonne raison pour distinguer et ne pas étendre la condition préalable de la preuve par témoins de l'identité, qui est requise vis-à-vis de la mère, à la même preuve vis-à-vis du père (Richefort, *De l'état des familles*, II, n° 266).

Un deuxième système exige également une condition préalable, mais cette condition peut consister soit dans un commencement de preuve par écrit, soit en des présomptions ou indices. Dans cette opinion, on applique également l'article 341, mais en le complétant ou en l'interprétant conformément à l'article 323.

Nous préférons un troisième système qui admet la preuve testimoniale *de plano*. La loi est muette sur la question. Le législateur n'a tracé aucune règle sur la preuve de l'identité, dans le cas de la preuve de la paternité naturelle. En outre, comme le fait très bien observer Demolombe, il s'agit ici d'un simple fait qui n'est souvent susceptible d'être prouvé que par témoins. C'est donc le cas d'appliquer l'article 1348 qui dans ce cas ne soumet la preuve par témoins à aucune condition préalable (Demolombe, V, n° 484 ; Bordeaux, 18 février 1846, D. 48, 2. 81). Enfin un arrêt récent

de la Cour suprême (civ. Rej., 26 juin 1889, D. 91, 1. 129) a confirmé cette théorie. Aux termes de cet arrêt, lorsqu'un enfant, qui a produit une reconnaissance et qui voit son identité contestée, offre de la prouver, cette preuve ne constitue pas une recherche de la paternité, car le père s'est volontairement fait connaître.

CHAPITRE II

DE LA POSSESSION D'ÉTAT COMME PREUVE DE LA MATERNITÉ NATURELLE.

Nous diviserons ce chapitre en cinq sections :

1° La possession d'état prouve-t-elle par elle seule la maternité ?

2° Du commencement de preuve par écrit de l'accouchement :

3° Du commencement de preuve par écrit de l'identité :

4° La possession d'état, jointe à un acte de naissance conforme, prouve-t-elle la maternité ?

5° La possession d'état jointe à l'indication de la mère dans la reconnaissance du père, prouve-t-elle la maternité ?

SECTION 1^{re}. — **La possession d'état prouve-t-elle par elle seule la maternité ?**

La filiation naturelle, lorsqu'il s'agit de la mère, peut-elle s'établir par la possession d'état ? Pendant longtemps l'affirmative fut admise. Jusqu'à l'apparition du système radical professé par Demolombe, les auteurs qui repoussaient la possession d'état, en matière de paternité naturelle, reconnaissaient en elle une preuve de la maternité (Proud'hon, *Traité sur l'état des personnes*, II, p. 143 ; Duranton, V, n° 238 ; Bonnier, n° 144 ; Ducaurroy, I, n° 599 ; Richefort, n° 337 *bis* ; Bastia, 17 décembre 1834).

Le système contraire, repoussant sans distinction la possession d'état comme preuve de la filiation naturelle, fut professé pour la première fois par Toullier. Les partisans de la possession d'état comme preuve de la filiation naturelle, sont donc aujourd'hui divisés. Les uns, avec Demolombe, présentent les mêmes arguments pour la filiation maternelle et pour la filiation paternelle. Pour ces auteurs, le législateur n'a pas distingué : la possession d'état n'est pas une recherche, mais une reconnaissance continue, la plus sûre de toutes les preuves. Nous avons repoussé cette manière de voir. Il est inutile de revenir sur nos explications antérieures : ce serait reprendre, à propos de la maternité, une discus-

sion identique, soit au point de vue des travaux préparatoires, soit au point de vue des textes, à celle que nous avons exposée pour soutenir, contre Demolombe, que la possession d'état ne prouve pas la paternité naturelle.

Les autres, tout en exigeant une reconnaissance expresse pour la preuve de la paternité, permettent celle de la maternité au moyen de la possession d'état. Ils appuient leur opinion sur l'opposition qui existe entre les articles 340 et 341. La preuve par la possession d'état constitue une recherche, mais, disent-ils, cette recherche, qui est interdite par application de l'article 340, quand elle a pour but la paternité naturelle, doit être permise à l'enfant, quand il veut prouver la maternité naturelle, car l'article 341 décide formellement que la recherche de la maternité est admise. Ce second système nous paraît illogique. De deux choses l'une : ou l'on voit dans la possession d'état une reconnaissance, et alors elle doit prouver aussi bien la paternité que la maternité ; ou bien la possession d'état est une recherche, et dans ce cas il faut, non pas lui appliquer une seule phrase de l'article 341, mais ce texte tout entier, et exiger un commencement de preuve par écrit. En effet, l'article 341 porte : « La recherche de la maternité est admise. L'enfant qui réclamera sa mère sera tenu de prouver qu'il est identiquement le même que l'enfant dont elle est accouchée. Il ne sera reçu à faire cette preuve par témoins, que lorsqu'il aura

déjà un commencement de preuve par écrit ». Cette critique nous amène à formuler la théorie qui selon nous est seule exacte. La possession d'état ne peut pas avoir moins de force que le témoignage, il est de principe en effet que là où la preuve testimoniale est admise, la preuve par présomption l'est aussi (art. 1353) : or, la possession d'état est évidemment la plus forte des présomptions. La possession d'état peut donc être invoquée pour prouver, soit l'accouchement, soit l'identité de l'enfant. Mais il faut pour cela que pour l'un et l'autre de ces faits, il possède un commencement de preuve par écrit.

Suivant Merlin (*Questions de droit*, V^o *Maternité*), Toullier (11, n^o 242) et Laurent (IV, n^o 13), l'accouchement doit faire l'objet d'une preuve séparée et distincte qui ne peut avoir lieu que par témoins. D'après ces auteurs, l'article 341 supposerait la preuve de l'accouchement préalablement faite, et déterminerait seulement le mode de preuve de l'identité (Req. 12 juin 1825). Avec cette interprétation de l'article 341, la possession d'état interviendrait pour prouver l'identité, mais non pour établir l'accouchement : ce dernier fait devrait être prouvé d'une façon distincte par témoins ; « quant à l'accouchement, dit M. Laurent, il ne peut évidemment pas se prouver par la possession d'état ».

Malgré l'autorité de ce savant jurisconsulte, nous n'hésitons pas à dire que c'est le contraire qui nous

paraît évident. Il ne faut pas oublier que la possession d'état prend l'enfant à sa naissance, c'est-à-dire dès l'accouchement. La preuve de la possession d'état, quand elle est contestée, comprend la preuve des faits qui impliquent l'accouchement de la mère réclamée.

Nous repoussons donc, avec la majorité des auteurs et des arrêts, le système précédent. La possession d'état peut, aussi bien que la preuve testimoniale, prouver, non seulement la maternité, mais aussi l'accouchement. L'enfant qui veut prouver la maternité naturelle ne doit pas présenter deux preuves distinctes (Bonnier, n° 145; Demolombe, V, n° 500). Il semble même que le juge, quand il veut prouver l'accouchement par témoins, doive l'obliger à produire en même temps le moyen dont il entend se servir pour prouver son identité. Cela se comprend : le réclamant, après avoir présenté la première de ces deux preuves, sera parfois dans l'impossibilité de fournir la seconde. Dès lors, son action, inutile pour lui-même, n'aurait eu d'autre effet que d'attenter sans raison à l'honneur de la femme qu'il considère comme sa mère. Ainsi il a été jugé que, dans une action en recherche de la maternité naturelle, l'enfant n'est recevable à administrer la preuve testimoniale qu'autant que, soutenue par un commencement de preuve par écrit, elle porte sur les deux faits de l'accouchement de la mère et de

l'identité de l'enfant (Pau, 24 juin 1867, D. 57, 2. 154).

La possession d'état, qui prouve en même temps l'accouchement et l'identité, sera donc ici, quand elle existera, le mode de preuve préféré. L'arrêt précité repousse cependant la possession d'état comme preuve de la maternité naturelle, même lorsqu'elle est appuyée d'un commencement de preuve par écrit : d'après cet arrêt, la possession d'état ne peut servir alors qu'à prouver l'identité. Nous ne croyons pas restreindre ainsi le rôle de la possession d'état. L'article 341 permet la preuve par témoin de l'accouchement et de l'identité, sous la condition d'un commencement de preuve par écrit. Voilà le principe. La preuve par témoins de l'accouchement peut être suspecte ; d'autre part, l'identité, quand elle ne résulte pas de la possession d'état, peut être établie à l'aide de faux témoignages. La loi admet cependant le témoignage pour ces deux faits : à plus forte raison doit-on admettre la preuve par la possession d'état quand elle existe sous la même condition du commencement de preuve par écrit. Il est de règle que la preuve par présomptions soit ouverte toutes les fois que les témoignages sont autorisés (art. 1353) : or, nous avons déjà remarqué que la possession d'état est la plus forte des présomptions en notre matière. En un mot, dans la recherche de la maternité, l'accouchement de la mère et l'identité de l'enfant doivent être prouvés : là, s'arrête la portée de l'article 341. Il

importe peu que ces deux faits soient établis directement par témoins ou qu'ils résultent de la possession d'état. Mais cette preuve par la possession d'état ne sera admissible que si le réclamant présente un commencement de preuve par écrit rendant vraisemblable sa prétention, en ce qui touche : 1° l'accouchement ; 2° l'identité. Quand nous disons qu'il faut un commencement de preuve par écrit à la fois pour l'accouchement et pour l'identité, nous n'entendons pas qu'il faille nécessairement deux écrits distincts. On se contenterait d'un seul s'il était relatif à la fois aux deux faits. Par exemple, une lettre écrite au demandeur par la mère prétendue, et dans laquelle elle le traiterait comme son enfant, est un commencement de preuve à la fois de l'accouchement et de l'identité.

SECTION II. — Du commencement de preuve par écrit de l'accouchement.

Insistons d'abord sur le commencement de preuve par écrit de l'accouchement, et examinons trois points :

A. Le commencement de preuve par écrit doit-il être pris ici dans le sens de l'article 1347, ou dans celui de l'article 324 ?

B. L'acte de naissance, qui porte le nom de la mère naturelle est-il un commencement de preuve par écrit ?

C. Le commencement de preuve par écrit peut-il être remplacé par des présomptions ou indices ?

A. Le commencement de preuve par écrit, exigé par l'article 341, doit-il être pris dans le sens de l'article 1347, ou dans celui de l'article 324 ?

La question est controversée. Nous pensons qu'il faut entendre le commencement de preuve par écrit exigé dans l'article 341, comme condition de la recherche de la maternité, dans le sens de l'article 324. Nous invoquons trois arguments :

1° Quand il édictait l'article 341, le législateur ne savait pas encore comment il réglerait le commencement de preuve par écrit au titre des obligations ; donc il n'a pu que se référer à l'article 324, qui précède presque immédiatement l'article 341 ;

2° Avec l'opinion contraire, comme la mère est ordinairement l'adversaire de l'enfant : c'est d'elle que devrait émaner l'écrit : dès lors, la recherche de la maternité deviendrait impossible dans le cas où la mère ne saurait pas écrire. Il est inadmissible que la filiation de l'enfant dépende du degré d'instruction de la mère ;

3° Avec l'opinion contraire, la recherche de la maternité dépendrait de la volonté de la mère, qui pourrait la rendre impossible en ne rédigeant aucun écrit relativement à sa maternité, et ainsi il n'y aurait qu'un seul mode de preuve de la maternité, qui serait la reconnaissance

volontaire de la mère : or la loi paraît bien, dans l'article 341, avoir autorisé la preuve de la maternité contre le gré de la mère ; le mot *recherche* implique pour l'enfant un droit indépendant du consentement de sa mère (*Contrà* Laurent, IV, n° 111).

B. L'acte de naissance qui porte le nom de la mère est-il un commencement de preuve par écrit ?

Ici se pose la fameuse question de savoir si l'acte de naissance constitue un commencement de preuve par écrit de l'accouchement ; elle n'est pas définitivement tranchée, même en jurisprudence. Nous relevons trois systèmes sur cette question, et nous en proposerons un quatrième qui nous paraît plus satisfaisant.

Un premier système dit que l'acte de naissance fait preuve complète de l'accouchement, pourvu que cet acte soit régulier, c'est-à-dire qu'il ait été dressé sur la déclaration des personnes indiquées dans l'article 56, telles que les docteurs en médecine et en chirurgie, les sages-femmes ou autres personnes qui ont assisté à l'accouchement.

Cette opinion, soutenue pour la première fois par Toullier (II, n° 856), ne nous paraît pas admissible. L'accouchement et le nom de la femme accouchée, dit Toullier, sont des faits certains, dont il existe des preuves matérielles. Les actes de naissance sont précisé-

ment destinés à les constater, et leur consignation fait foi jusqu'à inscription de faux. — Nous accordons que la maternité est certaine, et c'est même ce qui la distingue de la paternité, laquelle est nécessairement écartée et soumise à des présomptions. Mais la question est de savoir si l'acte de naissance fait preuve de ce fait certain en lui-même. On ne doit en effet admettre comme preuves que celles que la loi consacre, et avec les effets qu'elle leur attribue, ce qu'on exprime quelquefois en disant que les preuves sont légales. Or nous voyons à la vérité, dans l'article 319, que l'acte de naissance prouve la filiation légitime, mais nous ne trouvons rien de pareil pour les enfants naturels. Donc l'acte de naissance ne prouve pas la filiation naturelle. Le Code civil n'a établi, pour la maternité naturelle, que deux modes de preuve, l'acte authentique de reconnaissance (art. 334) et la recherche de la maternité avec commencement de preuve par écrit (art. 341) ; il nous paraît arbitraire d'en ajouter un troisième.

Sans insister sur cette discussion qui nous entraînerait hors de notre sujet, nous remarquerons seulement que les articles 56 et 57, qu'invoquent les partisans de ce premier système, ne sont pas probants par la raison bien simple qu'ils ne visent pas du tout la question de preuve de la filiation. Mais, dit-on, quand le législateur exige qu'un fait soit déclaré à l'officier de l'état-civil et mentionné par ce dernier, c'est pour que cette indication fasse foi. Or, la preuve que cette déclaration est

obligatoire, c'est que l'article 346 du Code pénal prononce des peines correctionnelles contre ceux qui ne feraient pas la déclaration prescrite, ou qui feraient une déclaration fausse. C'est vrai, mais la question est de savoir s'il résulte de ces articles ; 1^o que le nom de la mère naturelle doit être déclaré ; 2^o que cette indication soit requise en vue d'assurer la preuve de la maternité naturelle, comme la mention de la mère est exigée, en cas de mariage, pour prouver la filiation légitime. Quant à l'argument tiré de l'article 346 du Code pénal, il n'est pas distinct, au fond, de celui qu'on déduit des articles 56 et 57. Du moment que dans ces articles on exige certaines déclarations, il fallait bien édicter une sanction pour le cas où elles ne seraient pas faites. Et si les articles 56 et 57 n'ont aucun trait à la preuve de la filiation naturelle, s'ils ont simplement pour objet, d'une part d'assurer les déclarations de naissance dans un intérêt d'ordre public, d'autre part de procurer la preuve de la filiation légitime, il n'y a rien à conclure de la disposition qui les sanctionne en ce qui touche la preuve de la filiation naturelle. L'argument de nos adversaires prouverait trop, car il conduirait à dire que l'indication du nom du père prouverait la paternité naturelle. D'ailleurs n'est-il pas excessif de ne faire aucune différence entre la maternité naturelle et la maternité légitime, au point de vue de la force probante de l'acte de naissance ? Le bon sens proteste contre cette assimilation. La mention de la

mère légitime inspire toute confiance, tandis que celle de la mère naturelle est suspecte : il est fort possible que la véritable mère ait fait inscrire son enfant sous un faux nom pour éviter la honte de cette maternité.

Malgré ces objections, la jurisprudence paraît aujourd'hui définitivement fixée pour ce premier système :

Cass., 1^{er} juin 1853. D. 53, 1. 177.

Civ., Cass., 1^{er} décembre 1869. D. 7, 1. 97.

Rouen, 7 juillet 1871. D. 73, 5. 269.

Douai, 29 janvier 1879. D. 80, 2. 213.

Dijon, 7 mai 1879. D. 80, 2. 213.

Toulouse, 2 février 1884. D. 85, 2. 227.

Limoges, 6 décembre 1886. D. 88, 2. 93.

Grenoble, 14 janvier 1889. D. 90, 2. 193.

Un deuxième système voit, dans l'acte de naissance, non une preuve complète de l'accouchement, mais un commencement de preuve par écrit, ou tout au moins une indication grave, rendant admissible la preuve par témoins et aussi, par conséquent — dans notre théorie du moins — la preuve par la possession d'état.

Remarquons tout d'abord que ce système n'est pas un instant soutenable pour ceux qui entendent le com-

mencement de preuve par écrit de l'article 341, dans le sens que l'article 1347 donne à cette expression : l'acte de naissance n'est pas en effet un écrit émanant de l'adversaire de l'enfant. Nous avons écarté cette interprétation et démontré qu'il fallait entendre l'expression dans le sens fixé par l'article 324. Mais l'acte de naissance ne répond pas davantage à cette définition, puisqu'il est rédigé par l'officier de l'état-civil, et le plus souvent sur la déclaration du médecin ou d'une sage-femme : or, il est clair que ces personnes n'ont pas intérêt à la contestation.

La Cour de Bordeaux a si bien senti l'objection que, dans un arrêt du 19 février 1846 (D. 48, 2. 84), elle voit, dans l'acte de naissance, non pas un commencement de preuve par écrit, mais un indice grave, rendant vraisemblable l'accouchement de la mère réclamée. Nous opposons deux réponses : 1° l'acte de naissance ne saurait être considéré comme un indice, dans le sens que donne l'article 324 à cette expression : 2° et ceci est péremptoire, nous soutiendrons qu'à la différence de la réclamation d'état, la recherche de la maternité n'admet pas le remplacement du commencement de preuve par écrit, par de simples indices.

Un troisième système dit que l'acte de naissance de l'enfant naturel n'a aucune influence sur la preuve de la filiation. Non seulement il ne fait pas preuve complète de l'accouchement, mais il ne peut pas non plus servir de commencement de preuve par écrit, pour en rendre la

preuve admissible, soit par témoins, soit par la possession d'état, quelque soit d'ailleurs le parti qu'on prenne sur la question de savoir si le commencement de preuve par écrit doit remplir les conditions de l'article 324 ou de l'article 1347. Il est clair qu'il ne satisfait pas à l'article 1347, car il n'émane pas de l'adversaire de l'enfant. Il ne répond pas non plus à l'article 324, car il ne rentre pas dans la liste des actes énoncés dans cet article, et d'ailleurs il n'émane pas d'une personne engagée dans la contestation ou qui y aurait intérêt si elle était vivante, puisqu'il est rédigé par l'officier de l'état-civil.

On ajoute un argument tiré des travaux préparatoires. Le projet de Code contenait un article ainsi conçu : « Le registre de l'état-civil qui constate la naissance d'un enfant né de la mère réclamée, et duquel le décès n'est pas prouvé, pourra servir de commencement de preuve par écrit. » Le ministre de la justice attaqua ce texte comme ouvrant trop facilement la porte aux recherches de maternité. Il suffirait, dit-il, qu'un aventurier trouvât sur les registres l'inscription d'un enfant dont le décès n'est pas prouvé, pour venir prétendre, à l'aide de faux témoins, qu'il est cet enfant. Sur cette observation, on supprima l'article du projet, ce qui montre bien que le législateur n'admet pas l'acte de naissance comme commencement de preuve par écrit (Merlin, *Quest. de droit*, V^o *Maternité*, X, p. 108 ; Loqué, *Législation civile*, III, p. 57, séance du 26 brumaire, an X, n^o 7).

Nous préférons un quatrième système qui résout la question par une distinction, en supposant d'ailleurs admis — ce que nous avons démontré — que le commencement de preuve par écrit exigé par l'article 341 est réglé par l'article 324 et non par l'article 1347.

L'acte de naissance a-t-il été rédigé sur la déclaration de personnes autres que celles énoncées dans l'article 324, par exemple d'un docteur en médecine ou en chirurgie, d'une sage-femme? Il ne constitue pas un commencement de preuve par écrit.

A-t-il été au contraire rédigé sur la déclaration de l'une des personnes énoncées dans l'article 324, c'est-à-dire d'une personne ayant intérêt dans la contestation ou qui y aurait intérêt si elle était vivante, par exemple d'un autre enfant de la mère réclamée? Il doit servir de commencement de preuve par écrit de l'accouchement. Qu'on ne dise pas que l'acte de naissance est l'œuvre de l'officier de l'état-civil! Il n'en est pas moins vrai qu'il est aussi l'œuvre des comparants qui y jouent un rôle essentiel : il ne pourrait pas plus être dressé sans eux que sans l'intervention de l'officier public. On pourrait donc dire que, dans ce cas, l'acte de naissance est un acte public qui émane d'une personne engagée dans la contestation.

L'argument que le système précédent tire des travaux préparatoires ne nous touche pas. Si, à la requête du ministre de la justice, on supprima la phrase qui voyait dans l'acte de naissance un commencement de preuve

par écrit, c'est en tant que cet acte aurait pu être invoqué à l'effet de prouver l'identité. Il serait trop facile à un aventurier qui relèverait sur les registres la maternité illégitime d'une femme riche, de se prétendre l'enfant de cette femme, en soudoyant de faux témoins. Aussi supprima-t-on cette disposition. La conséquence n'est pas que l'acte de naissance ne pourra pas être invoqué comme commencement de preuve par écrit de l'accouchement quand l'indication de la mère émanera d'une personne intéressée à la contester, mais bien que le demandeur n'y pourra pas voir un commencement de preuve par écrit de l'identité. Il lui faudra à cet égard un écrit distinct, à défaut duquel il se verra opposer une fin de non-recevoir absolue.

C. — Le commencement de preuve par écrit peut-il être remplacé par des présomptions ou indices ?

Les articles 323 et 324 relatifs à l'action en réclamation d'état exigent, pour l'admission de la preuve testimoniale, un commencement de preuve par écrit, ou des présomptions ou indices résultant de faits constants et rendant la prétention vraisemblable. L'article 341, qui vise la recherche de la maternité naturelle, la subordonne à l'existence du commencement de preuve par écrit, et ne dit pas que cette condition puisse être remplacée par des présomptions ou indices. Nous nous sommes référés à l'article 324 pour définir le commencement de preuve par écrit de l'article 341. Doit-on

également admettre, par application de l'article 323, que cet élément de preuve peut être suppléé par des présomptions ou indices ?

La question a une importance considérable. La possession d'état constitue évidemment un indice fort grave de l'accouchement de la femme qui a toujours traité le demandeur comme son enfant. D'ailleurs nous admettons que la possession d'état peut remplacer la preuve par témoins. Dès lors, si on résout cette question par l'affirmative, il en résultera que la possession d'état fera à elle toute seule preuve complète de la maternité, et on aboutira ainsi par un détour à une solution que nous avons repoussée plus haut.

Nous pensons que le commencement de preuve par écrit est indispensable et ne peut pas être remplacé par des présomptions ou indices (Voir en ce sens Merlin, X. p. 110). Cette disposition de l'article 323 constitue une exception au droit commun des preuves. Cette exception est motivée par la faveur du législateur pour la filiation légitime. Or, elle n'est pas reproduite pour la filiation naturelle, et il n'y a pas lieu de l'y étendre. Outre que les exceptions ne s'étendent pas par voie d'analogie, les hypothèses sont loin d'être les mêmes. Si le législateur est favorable à la filiation légitime, dont il admet la preuve par l'acte de naissance et la simple possession d'état, il se montre au contraire très rigoureux pour la preuve de la filiation naturelle. C'est ce qui a été dit très nettement par Berlier au

conseil d'Etat dans la séance du 26 brumaire an X (Locré, III, p. 58): « Il n'en est pas ici comme dans le cas où un enfant réclame le droit de légitimité. Alors toute espèce de preuve doit être admise; mais si l'on donne la même latitude aux enfants nés hors mariage, on expose la femme à craindre une action flétrissante pendant tout le cours de sa vie. Il est nécessaire de modérer cette action afin qu'elle n'entraîne pas d'abus ».

Les auteurs, la plupart des arrêts, et la jurisprudence de la Cour de cassation sont formels en ce sens (Dalloz, V^o Paternité, n^o 618; Cass., 28 mai 1810, D. ibid, n^o 624; Caen, 1^{er} mars 1860, D. 61, 2. 12; Paris, 13 juillet 1863, 64. 1. 252).

SECTION III. — Du commencement de preuve par écrit de l'identité.

En ce qui touche le commencement de preuve par écrit de l'identité, ce sont tous écrits émanant, soit de la mère, soit d'une personne intéressée dans la constatation ou qui y aurait intérêt si elle était vivante (art. 324), et qui rendent cette identité vraisemblable. Nous citerons, par exemple, les lettres écrites par la prétendue mère au demandeur, et où elle le traite comme son enfant, ou encore des lettres qu'elle aurait

adressées à des tiers, nourrices, maîtres de pension, patrons, etc., et par lesquelles elle s'informe de sa santé, de son travail, de sa conduite, etc., une correspondance échangée entre le demandeur et des enfants de la prétendue mère, et où ceux-ci traitent le premier comme leur frère.

Il est certain que l'acte de naissance ne constituerait pas un commencement de preuve par écrit de l'identité, quand même il aurait été dressé sur la déclaration de l'une des personnes énoncées dans l'article 324 : si cet acte rend probable la maternité et peut constituer un commencement de preuve de l'accouchement, ainsi que nous l'avons admis, il n'a aucun rapport avec l'identité.

De même une reconnaissance sous seing privé de la maternité est évidemment un commencement de preuve par écrit de l'accouchement, mais nullement de l'identité.

SECTION IV. — La possession d'état jointe à un acte de naissance conforme prouve-t-elle la maternité ?

Nous avons vu, dans notre première partie, que la possession d'état, corroborée par un acte de naissance conforme, prouve la filiation légitime d'une façon irréfragable. On se demande s'il faut étendre cette dis-

position à l'enfant naturel. Pratiquement la question n'offre d'intérêt que pour la filiation maternelle, et c'est pourquoi nous l'avons placée dans le présent chapitre. En ce qui concerne le père, l'officier de l'état-civil ne l'inscrit pas, à moins que la déclaration ne soit faite par le père lui-même, auquel cas il y a reconnaissance et toute difficulté se trouve écartée. En supposant qu'en fait l'officier de l'état-civil ait mentionné le nom du père, qui lui a été déclaré par le comparant, nous rejeterions l'application de l'article 322, comme nous allons le faire pour la maternité elle-même : il y aurait même un *a fortiori* en ce qui touche la paternité, puisque l'acte de naissance qui, à nos yeux, forme, du moins dans certains cas, un commencement de preuve par écrit de la maternité, ne saurait aucunement prouver la paternité à raison des termes absolus de l'article 340 : il n'y aurait parité de motifs que dans le cas exceptionnel d'enlèvement. Limitons donc notre examen à la question de preuve de la maternité. Nous n'hésitons pas à écarter l'article 322.

L'opinion contraire a pourtant été soutenue. La Cour de Paris déclare que l'article 322 est applicable à la filiation naturelle comme à la filiation légitime, parce qu'il est conçu dans les termes les plus généraux (Paris, 10 mai 1851, D. 53, 2. 115. — Voyez dans le même sens : Aix, 30 mai 1866, D. 66, 2. 205). La Cour d'Aix dit qu'il faut assurer l'état des personnes, le repos des familles, et le bon ordre de la société. Nous

répondrons à l'objection en exposant notre système. La Cour d'Aix dit encore : « Il y a d'autres articles de la filiation légitime que tout le monde transporte à la filiation naturelle, et il n'y a pas de raison de traiter l'article 322 différemment. » L'argument mènerait trop loin. Il irait jusqu'à admettre la preuve de la filiation naturelle par l'acte de naissance et par la possession d'état, décision que nous avons réfutée.

Il y a des articles qu'on peut étendre à la filiation naturelle, d'autres qu'il faut laisser dans le chapitre de la filiation légitime. Les dispositions qui tiennent à la nature même de l'état, qui est inaliénable et imprescriptible, doivent être étendues, car l'état d'enfant naturel est un état comme celui d'enfant légitime bien que très inférieur. Il en est de même des dispositions qui sont compatibles avec la défaveur dont la loi frappe la preuve de la filiation naturelle par rapport à celle de la filiation légitime. Mais précisément il s'agit ici d'un texte tenant à la faveur que le législateur témoigne à la filiation légitime : il ne veut pas que cet état puisse être trop facilement remis en question, quand il est prouvé par certains faits, et cela afin d'assurer la stabilité et l'ordre dans la famille. Ce motif ne s'applique pas aux enfants naturels, qui sont hors de la famille de leurs parents. Voilà pourquoi nous refusons d'étendre l'article 322 à la filiation naturelle. Démontrons que tel est bien le système du Code.

Nous invoquons l'article 339, qui décide d'une façon absolue que « toute reconnaissance de la part du père ou de la mère, de même que toute réclamation de la part de l'enfant, pourra être contestée par tous ceux qui y auront intérêt. » Ce texte exclut toute distinction. Donc, la réunion de l'acte de naissance et de la possession d'état et même de la reconnaissance conformes n'empêche pas l'enfant de rechercher une autre filiation, ni un tiers quelconque ayant intérêt, de contester celle qui résulte de ces divers faits.

Un enfant a la possession d'état et l'acte de naissance qui le présente comme enfant naturel de *Prima* ; peut-il soutenir qu'il est l'enfant légitime de *Secunda* ? *Zachariæ* le repousse par l'application de l'article 322, aux termes duquel nul ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donne son acte de naissance et sa possession d'état conformes. (*Zachariæ*, 3, p. 665, note 16.)

C'est inexact : l'article 322 a trait uniquement à la filiation légitime ; l'acte de naissance et la possession d'état qu'il vise sont relatifs à la filiation légitime ; ce qui le prouve, c'est la place même de cet article qui vient après l'article 319 disant que la filiation légitime se prouve par l'acte de naissance, et l'article 320, aux termes duquel elle peut se prouver également par la possession d'état. L'article 322 s'occupe de la force probante qui résulte de la réunion des deux preuves ; donc il se rapporte également à la filiation légitime et c'est

cette filiation qui est irrévocablement fixée par le concours des deux preuves. Dès lors, la réunion de la possession d'état de l'enfant naturel et d'un acte de naissance conformes ne fixe pas irrévocablement la filiation naturelle et ne fait pas obstacle à l'action en réclamation d'état, si d'ailleurs l'enfant est dans les conditions de l'article 323.

Nous déciderons de même qu'un individu qui a possession d'état d'enfant naturel, confirmée par un acte de naissance à l'égard de *Prima*, peut, en remplissant les conditions de l'article 341, se prétendre l'enfant naturel de *Secunda*.

Comment, en effet, la réunion de ces deux faits, possession d'état et acte de naissance, fixeraient-ils la filiation naturelle ? On conçoit qu'elle détermine la filiation légitime, car chacun de ces faits suffit à lui seul à prouver cette filiation ; il est naturel que leur concours présente une force irrésistible. Mais ce motif n'existe pas pour la filiation naturelle. Sans doute, la jurisprudence admet que l'acte de naissance prouve la maternité ; mais elle ne donne pas le même effet à la possession d'état. A plus forte raison, l'article 322 doit-il être rejeté dans notre système, puisqu'à nos yeux, d'une part, l'acte de naissance n'est qu'un commencement de preuve par écrit de l'accouchement (et encore à certaines conditions), et que, d'un autre côté, la possession d'état ne prouve la maternité que moyennant un commencement de preuve par écrit de l'identité.

Il y a une autre raison de ne pas appliquer l'article 322 à la filiation naturelle. Le motif de cet article, c'est de mettre la filiation légitime à l'abri de toute attaque, quand il y a concours des deux preuves par excellence de l'état des personnes, l'acte de naissance et la possession d'état. Les législateurs n'avaient évidemment pas les mêmes raisons d'assurer l'irrévocabilité de l'état de l'enfant naturel. D'abord, si, malgré son acte de naissance et sa possession d'état, il se prétend légitime et remplit les conditions de l'article 323, on ne peut voir qu'avec faveur sa réclamation. Que s'il invoque une autre filiation naturelle, la loi n'a pas de raison d'écarter sa prétention; son acte de naissance et sa possession d'état ne présentent pas les mêmes garanties que pour l'enfant légitime. La fraude est extrêmement rare pour celle-ci, tandis qu'elle est à redouter pour la filiation naturelle: la mère, dans ce dernier cas, cherche par tous les moyens à donner une fausse filiation à son enfant pour échapper à la honte qui résulterait pour elle de la connaissance de la filiation véritable.

Ajoutons que le texte de l'article 322 répugne à l'extension. Il parle du titre de naissance; or, le titre de l'enfant naturel n'est pas l'acte de naissance; c'est l'acte de reconnaissance. Va-t-on modifier l'article 322, pour l'adapter à l'enfant naturel, et attacher la présomption irréfragable de cet article, non plus, comme le porte son texte, à l'acte de naissance, mais à l'acte de

reconnaissance corroboré par la possession d'état ? C'est là une solution qui pourrait peut-être se soutenir en législation, mais qui, en droit, présente un tel arbitraire, qu'on ne peut même pas la discuter ; il suffit de dire que la loi ne la contient pas, et qu'elle la condamne même formellement dans l'article 339. (Voyez en ce sens, Cass., 13 février 1839, D. V^o Paternité, n^o 653 ; 12 février 1868, D. 68, 1. 58 ; et enfin plus récemment, Toulouse, 2 février 1884, D. 85, 2. 227.)

SECTION V. — La possession d'état, jointe à l'indication de la mère dans la reconnaissance du père, prouve-t-elle la maternité ?

Cette question tient à l'interprétation d'un texte très laconique et en même temps très obscur, l'article 336 du Code civil ainsi conçu : la reconnaissance du père, sans l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du père ».

Tel qu'il est conçu, nous tenons ce texte pour inintelligible. Nous proposons de supprimer la locution « ne que » en nous réservant de justifier par les travaux préparatoires, cette correction, et de lire le texte ainsi : « La reconnaissance du père, sans l'aveu et l'indication de la mère, a effet à l'égard du père ». De cette façon, le

texte devient très clair ; mais il est aussi parfaitement inutile dans le Code civil, et n'a d'autre raison que de trancher un doute auquel aurait pu donner lieu l'ancien droit.

La paternité est, de sa nature, incertaine ; il n'y a que des présomptions plus ou moins fortes, en faveur de tel individu, mais il n'y a pas de certitude absolue, si ce n'est pour la mère elle-même, quand elle sait n'avoir eu de relations qu'avec un seul homme, pendant la période de la conception. A plus forte raison la paternité est-elle incertaine lorsqu'il s'agit d'un enfant naturel, aussi décidait-on, dans notre ancien droit, que la reconnaissance du père ne prouvait la paternité que lorsque la mère en reconnaissait l'exactitude ; la simple reconnaissance du père ne créait pas une certitude.

Le projet présenté par la section de législation était ainsi conçu : « Toute reconnaissance du père seul, non avouée par la mère, sera de nul effet, tant à l'égard du père que de la mère, sans préjudice néanmoins de la preuve de la maternité et de ses effets contre la mère seulement (Loché, législation civile, VI, p. 30). » Telle est la première rédaction. C'était subordonner la reconnaissance du père au bon vouloir de la mère. Le plus souvent, celle-ci, par crainte du scandale, par ressentiment ou pour toute autre cause, aurait refusé de faire l'aveu exigé par la loi, et le père se serait ainsi trouvé dans l'impossibilité de s'attacher son enfant par un lien légal, de lui donner son nom, et d'exercer enfin sur lui,

l'autorité paternelle à l'effet de l'instruire, et le mettre en état de gagner sa vie. Aussi le projet fut-il ainsi modifié : « La reconnaissance du père, si elle est désavouée par la mère, sera de nul effet ». C'est la deuxième rédaction.

L'intervention de la mère n'était plus indispensable pour la validité de la reconnaissance, mais son consentement tacite demeurait nécessaire, et elle pouvait mettre à néant la reconnaissance du père en en déclarant formellement l'inexactitude. Les rédacteurs du Code civil remarquèrent avec raison que la mère pourrait ainsi, par un sentiment de haine irréfléchie, empêcher la reconnaissance, entraver les louables efforts d'un père disposé à remplir son devoir envers l'enfant qu'il a engendré, et nuire à l'intérêt de ce dernier.

Pour éviter cet inconvénient, on remplaça le texte précédent par celui-ci : « La reconnaissance d'un enfant naturel n'aura d'effet qu'à l'égard de celui qui l'aura reconnu ». Dans cette troisième rédaction, il n'est plus question d'aveu ni de désaveu. La mère ne peut pas plus entraver la reconnaissance de l'enfant par le père, que ce dernier ne peut faire obstacle à la reconnaissance de cet enfant par la mère.

Il y a indépendance de chacun des auteurs de l'enfant. Mais pourquoi la locution « ne que » ? Le but visé aurait été aussi bien atteint sans elle. Probablement le législateur, qui venait de dégager le père de la condi-

tion de l'assentiment de la mère, a voulu mieux marquer la pleine indépendance des parents de l'enfant naturel, l'un vis-à-vis de l'autre, en ce qui touche la reconnaissance ? Peut-être voulait-il prévenir un doute, à raison du vieil adage « *creditur virgini parturienti* », sur le point de savoir si la reconnaissance de la mère, portant le nom du père, aurait un certain effet à l'égard de ce dernier ; mais assurément il n'était pas dans sa pensée que la question contraire pût se poser.

La pensée exacte du législateur, d'après nous, en adoptant cette troisième rédaction, aurait dû être traduite en deux propositions : 1^o la reconnaissance du père, sans l'indication et l'aveu de cette paternité par la mère, aura effet à l'égard du père ; 2^o la reconnaissance de la mère, même avec mention du nom du père, n'aura d'effet qu'à l'égard de la mère. C'est cette double proposition qui a été traduite en termes un peu elliptiques dans la troisième rédaction. Pourquoi cette rédaction fut-elle modifiée une quatrième fois pour devenir l'article 336 actuel ? C'est ce que les travaux préparatoires ne disent pas. Voici l'explication que nous proposons. Vu la première idée des auteurs du Code civil et l'adoption des deux premières rédactions, on a cru utile de préciser davantage le changement qui y était apporté. La première partie de l'article : « la reconnaissance du père sans l'indication et l'aveu de la mère » a trait ainsi aux deux premiers projets, et la deuxième partie : « n'a d'effet qu'à l'égard du père » vise

la troisième rédaction. Mais la locution « ne que », qui était déjà inutile dans la troisième rédaction, si ce n'est pour écarter l'opinion de ceux qui, ressuscitant l'ancien droit, auraient vu dans la déclaration, par la mère, du nom du père, une preuve de la paternité, devient injustifiable dans le texte actuel, car jamais on n'avait eu l'idée de dire qu'un tiers pourrait, en reconnaissant l'enfant, établir la preuve de la maternité.

C'est ainsi que, pour vouloir être plus clair en empruntant quelque chose à toutes les rédactions primitives, le législateur a fini par tout embrouiller. Mais sa pensée résulte nettement des travaux préparatoires, et il suffit, pour mettre le texte d'accord avec l'esprit de la loi, de supprimer de l'article 336 la locution « ne que », qui est due à un emprunt maladroit à la troisième rédaction du projet.

Notre système étant ainsi établi, exposons les principales, parmi les autres explications présentées.

Un premier système, soutenu par un grand nombre d'auteurs et par la jurisprudence, déclare que le père qui reconnaît l'enfant a le droit d'indiquer la mère, et que cette déclaration fait foi de la maternité, lorsqu'elle est corroborée par l'aveu de la mère, et que cet aveu, pouvant être aussi bien tacite qu'exprès, résulte de la simple possession d'état d'enfant naturel, vis-à-vis de la mère indiquée.

Cette théorie tire de l'article 336, par un double

argument *a contrario* : 1° que la loi permet au père qui reconnaît l'enfant, d'en indiquer la mère ; 2° que, si le père qui reconnaît son enfant en indique la mère, et que celle-ci avoue la maternité, l'enfant sera ainsi reconnu par elle.

Il est généralement admis qu'on doit se défier des arguments *a contrario*. Quand ils aboutissent à l'application de la règle, ils ont une grande force, mais quand ils tendent à établir une exception, leur emploi est contraire aux premiers principes de l'interprétation des lois. On ne peut étendre l'exception par analogie, on ne peut encore moins, sous prétexte d'identité de motifs, en créer une. Comment voudrait-on en créer une en argumentant *a contrario*, et ici, en se fondant sur la simple forme grammaticale d'une phrase, inventer un texte ? D'un autre côté, on ne saurait, à la seule inspection d'un texte, affirmer s'il admet la disposition contraire ou s'il ne l'admet pas. Pour décider cette question, il n'y a qu'à mettre cette disposition contraire en regard des principes généraux. Si elle s'accorde avec eux, elle est vraie, juridique, sinon il faut bien se garder de l'accepter.

C'est précisément ce dernier cas qui se présente ici. Les principes généraux disent que les tiers n'ont pas le droit d'indiquer le nom de la mère sans son aveu, et que cette indication, si elle est faite, ne saurait faire d'autre foi contre elle que celle qui pourrait résulter d'une

simple présomption. Un tiers aurait le droit d'indiquer la mère, et cette indication ferait foi, quand elle est confirmée par l'aveu de la mère !

On peut remarquer du reste que la proposition contraire, qu'on tire de l'article 336, n'est pas celle qu'il contient, car quand il dit « la reconnaissance du père sans l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du père », tout ce qu'on peut en induire *a contrario*, c'est que la reconnaissance de paternité avec l'indication et l'aveu de la mère, a effet à l'égard de la mère. Or de là, à dire qu'elle équivaut à une reconnaissance faite par la mère, il y a loin. Autre chose est de dire qu'un acte juridique a effet à l'égard des tiers, autre chose de dire que les tiers ont posé cet acte.

Ensuite, cet aveu dont il est question dans l'article 336 et dont on fait un aveu de la maternité, comment doit-il se faire ? C'est ici qu'on voit tout l'arbitraire du système. Une fois qu'on abandonne le texte de la loi il n'y a plus de limite à la fantaisie. « Il peut, disent MM. Aubry et Rau, être valablement fait par acte sous seing privé ; il résulte même suffisamment de toutes circonstances tendant à établir que la mère a voulu avouer sa maternité et notamment des soins qu'elle a donnés à l'enfant (Aubry et Rau, § 568 bis). C'est dire que, dans ce cas, la possession d'état confirme la maternité quand elle est corroborée par l'indication du père dans la reconnaissance. Mais alors, pourquoi l'indication de la mère par les personnes qui ont constaté la naissance

ne prouve-t-elle pas la maternité quand il y a aveu de la mère ? Il n'y a pas de raison pour faire une différence : aussi trouve-t-on un arrêt qui admet cette extension de l'article 336 (Alger, 26 mars 1860, Dalloz, 64, 1. 365).

Il n'y pas un mot dans l'article qui puisse justifier cette extension donnée au mot « aveu ». L'article 336 n'explique pas ce qu'il entend par ce mot. Mais n'est-il pas évident qu'il faut donner au mot aveu le même sens qu'au mot reconnaissance, et que dès lors il ne peut, vu l'article 334, être fait que par acte authentique ! Il n'y a pas un seul article, dans tout le Code, d'où l'on puisse tirer le sens que l'on donne au mot aveu dans l'opinion de MM. Aubry et Rau. L'article 1354 au titre des obligations distingue l'aveu extrajudiciaire et l'aveu judiciaire. Le premier n'est admis que dans les cas où la preuve testimoniale est possible. Or, la preuve testimoniale n'est admissible en cette matière que lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit (art. 341). MM. Aubry et Rau admettent que l'indication de la mère, faite par le père dans l'acte de reconnaissance, ne constitue pas un commencement de preuve par écrit (§ 570) ; il ne peut donc s'agir d'un aveu extrajudiciaire. Quant à l'aveu judiciaire, il n'est autre chose qu'une reconnaissance authentique. Est-il besoin d'ajouter que le sens grammatical de la phrase, à l'interpréter même dans le sens de ce deuxième système, est que l'aveu doit accompagner l'indication. Enfin

nous avons démontré, en établissant notre théorie, que l'esprit de la loi est que le père peut reconnaître pour lui-même son enfant, sans avoir besoin de l'aveu de la mère, c'est pour cela que le texte a été fait, et non pas pour autoriser le père à désigner la mère. Le législateur n'a admis qu'à grand peine que le père pût, par sa seule déclaration, constater la filiation paternelle, tant la paternité naturelle lui paraît douteuse, et on lui fait dire, avec cette interprétation, qu'il peut non seulement déclarer la paternité, mais même la maternité, c'est prendre le contre-pied de la pensée des rédacteurs de l'article 336.

Enfin ce premier système, comme le dit très bien M. Allard (Des preuves de la filiation hors mariage, n° 67) est tout-à-fait contraire aux règles de la syntaxe qui s'oppose à ce qu'un régime indirect (la mère), soit pris dans le même membre de phrase comme objet passif (indication de la mère par le père), et comme sujet actif (aveu de la maternité par la mère). Au point de vue grammatical, il n'y a que deux façons d'entendre l'article 336 :

1° La reconnaissance du père, sans que la mère indique et avoue le père, n'a d'effet qu'à l'égard du père :

2° La reconnaissance du père, sans que le père indique et avoue la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du père.

Or, le second sens semble devoir être rejeté. En effet, on conçoit bien que, lorsque le père reconnaît l'enfant, sans indiquer et avouer la mère, la reconnaissance n'a d'effet qu'à son égard, mais on ne conçoit pas qu'elle ait effet, même à l'égard de la mère, lorsque le père l'a indiquée, car la reconnaissance du père est, vis-à-vis de tout autre que lui, *res inter alios acta*. Tant que la mère n'y a pas consenti, on ne voit pas qu'elle puisse exister relativement à elle. Il serait exorbitant et inexplicable qu'il dépendît de la seule volonté du père réel ou prétendu d'imposer sa paternité à la mère, d'autant plus que la paternité est toujours incertaine, et que, si quelqu'un peut la connaître avec certitude, ce n'est évidemment que la mère. D'ailleurs les principes généraux défendent d'indiquer le nom de la mère sans son consentement. L'autre sens, au contraire, est parfaitement admissible, et c'est précisément celui auquel tend l'explication que nous avons proposée.

Malgré ces raisons, la jurisprudence paraît fixée dans le sens de cette interprétation. La Cour de cassation admet, à titre d'aveu, dans le sens de l'article 336, le fait de la mère d'avoir comparu à un inventaire comme mère de deux enfants naturels, sans aucune déclaration de sa part. Nous lisons dans cet arrêt que la loi ne prescrivant aucune forme pour l'aveu dont elle parle, les tribunaux ne peuvent se montrer plus sévères que la loi (Cass., 26 avril 1824, D. V^o Paternité, n^o 555-6^o).

On rapprochera dans le même sens les arrêts rapportés dans D. V^o Paternité n^{os} 492, 555-7^o, 628-1^o, 555-3^o.

Quant aux auteurs, citons : Ancelot, *Revue de législation*, 1852, II, n^o 278 ; Toullier, II, n^o 927 ; Demante, II, n^o 64.

Marcadé (sur l'art. 336) donne un autre sens à l'article 336. Il suppose qu'il s'agit d'une indication du nom de la mère, faite sans son aveu, de sorte que la portée de la disposition serait simplement que le père n'a pas le droit d'indiquer le nom de la mère sans son aveu, c'est-à-dire sans son consentement, lequel ne peut être donné que par une procuration spéciale et authentique. Mais si, dans l'acte de reconnaissance du père, celui-ci, muni d'une pareille procuration, a indiqué la mère, la reconnaissance du père aura effet à l'égard de la mère. On lit le texte ainsi : « sans l'indication de la mère faite de son aveu ». (Voir dans le sens de ce second système Demolombe, V, p. 358 ; Valette, sur Proudhon, II, p. 142 ; Laurent, IV, n^o 27.)

Cette explication ne contrarie pas les principes comme celle de MM. Aubry et Rau, mais elle contrarie singulièrement le texte lui-même. Il nous paraît impossible de lire « sans l'indication de la mère faite de son aveu » là où la loi porte « sans l'indication et l'aveu de la mère ». En second lieu, on ne conçoit pas que la reconnaissance du père paraisse avoir effet à l'égard de la mère, par cela seul qu'elle a aussi reconnu l'enfant.

Qu'importe qu'elle l'ait reconnu par un intermédiaire, fût-il même celui qui prétend être le père de l'enfant, ou qu'elle l'ait reconnu en personne ? La reconnaissance du père et celle de la mère sont indépendantes ; chacune n'a d'effet qu'à l'égard de celui qui la fait. Pour que celle du père ait effet à l'égard de la mère, il faut que celle-ci ait avoué, non pas sa propre maternité, mais la paternité du prétendu père.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

Positions tirées de la thèse.

1° Les Romains préféraient les sûretés personnelles aux sûretés réelles.

2° Bien que les sûretés réelles ne fussent pas éteintes par la *litis contestatio*, le fidéjusseur ne pouvait plus se les faire céder.

3° Le créancier qui a perdu par sa faute des actions qui seraient nécessaires au fidéjusseur pour l'efficacité de son recours, n'en peut pas moins exiger le paiement de ce dernier.

4° Pour avoir droit à la cession des actions, le fidéjusseur devait payer l'intégralité de la dette.

Positions prises en dehors de la thèse.

1° La *litis contestatio* laisse subsister une obligation naturelle.

2° L'action dite contre publicienne, ou « publicienne rescisoire », est une invention des interprètes.

3° La règle « *dies interpellat pro homine* » n'est pas romaine.

4° La phrase de Paul « *lite contestata usuræ currunt* » ne doit pas être entendue dans ce sens que la *litis contestatio* fait nécessairement couvrir les intérêts.

DROIT FRANÇAIS

Positions tirées de la thèse.

1° La possession d'état doit être continue.

2° La possession d'état d'enfant légitime dispense le réclamant de prouver soit l'accouchement, soit l'identité.

3° Dans le cas de l'article 197, l'enfant doit prouver : 1° la possession d'état d'époux de ses parents ; 2° sa propre possession d'état d'enfant : il ne suffit pas qu'il prouve l'une ou l'autre.

4° La possession d'état est indivisible : elle doit être prouvée à la fois à l'égard de la mère et à l'égard du père.

5° La fin de non-recevoir de l'article 322 n'est pas opposable à l'enfant qui prétend avoir été l'objet d'une substitution opérée après la rédaction de l'acte de naissance dressé pour un autre enfant.

6° Un enfant naturel ne peut prouver sa filiation par la possession d'état, soit vis-à-vis du père, soit même vis-à-vis de la mère.

7° L'enfant peut prouver sa filiation maternelle par la possession d'état, sous la condition d'un commencement de preuve par écrit.

8° Le commencement de preuve par écrit exigé pour la recherche de la maternité est celui de l'article 324, et non celui de l'article 1347.

9° L'acte de naissance qui indique la mère ne constitue ni une preuve complète de la maternité, ni même, du moins en principe, un commencement de preuve par écrit destiné à rendre admissible la preuve par témoins ou par possession d'état.

10° Le commencement de preuve par écrit exigé par l'article 341, ne peut pas être remplacé par des présomptions ou indices graves.

11° L'article 322 n'est pas applicable à la filiation naturelle.

12° Lorsqu'en reconnaissant l'enfant, le père indique la mère, la possession d'état de l'enfant vis-à-vis de celle-ci ne prouve pas la maternité.

Positions prises hors de la thèse.

DROIT CIVIL.

1° L'interdiction judiciaire est un empêchement de mariage prohibitif, mais non dirimant.

2° La femme commune qui exerce ses reprises, vient en concours avec les créanciers de la communauté.

3° La mitoyenneté étant un droit de copropriété et non une servitude légale, l'acquéreur d'un droit de mitoyenneté doit faire transcrire son acte d'achat, pour rendre son droit opposable aux tiers.

4° Le remploi fait par le mari pour le compte de la femme, s'analyse en une acquisition pour la commu-

nauté, avec offre à la femme de la subroger dans l'acquisition.

PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE.

Les leçons orales d'un professeur, bien que faites publiquement, demeurent sa propriété, et la reproduction sténographique de ses cours, sans son autorisation, constitue une contrefaçon tombant sous le coup de la loi du 19 juillet 1793.

SCIENCE FINANCIÈRE.

La limitation à huit heures de la journée de travail est à la fois favorable aux ouvriers et aux patrons.

DROIT CONSTITUTIONNEL.

L'Assemblée nationale n'a le pouvoir de reviser la constitution que dans les limites fixées par la loi de revision.

DROIT COMMERCIAL.

Après le jugement déclaratif de faillite, le vendeur d'immeuble qui a perdu son privilège pour ne pas

l'avoir inscrit avant le jugement, peut encore exercer son action résolutoire.

Vu :

Par le Président,

HENRY MICHEL.

Vu :

Par le Doyen,

COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

INTRODUCTION	1
------------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

Recours du Fidéjusseur

CHAPITRE I ^{er} . — Recours du fidéjusseur qui a payé, contre le débiteur principal. . . .	15
CHAPITRE II. — Des cas où le fidéjusseur peut, quoique n'ayant pas payé, exercer un re- cours contre le débiteur principal. . .	27
CHAPITRE III. — Recours du fidéjusseur contre ses coo- bligés.	32
CHAPITRE IV. — Recours du fidéjusseur sur les choses grevées de gages ou d'hypo- thèques.	50

DEUXIÈME PARTIE

Des cas où le fidéjusseur ne peut pas recourir

CHAPITRE I ^{er} . — Des cas où le fidéjusseur est déchu de son recours	53
CHAPITRE II. — Cas où le fidéjusseur n'a pas de recours.	63
CONCLUSION	74

SECONDE PARTIE

**De la possession d'état envisagée comme
preuve de la filiation naturelle.** 135**CHAPITRE I^{er}. — DE LA POSSESSION D'ÉTAT COMME PREUVE
DE LA PATERNITÉ NATURELLE.** 137

Section 1^{re}. — En principe, la possession d'état ne
prouve pas la filiation paternelle. 137

Section 2. — Cas exceptionnel où la possession d'état
peut prouver la paternité naturelle. 152

Section 3. — La possession d'état prouve l'identité
lorsque le père a reconnu l'enfant. 152

**CHAPITRE II. — DE LA POSSESSION D'ÉTAT COMME PREUVE
DE LA MATERNITÉ NATURELLE** 156

Section 1^{re}. — La possession d'état prouve-t-elle par
elle seule la maternité ? 157

Section 2. — Du commencement de preuve par écrit
de l'accouchement 162

Section 3. — Du commencement de preuve par écrit
de l'identité 173

Section 4. — La possession d'état, jointe à un acte
de naissance conforme, prouve-
t-elle la maternité ? 174

Section 5. — La possession d'état, jointe à l'indica-
tion de la mère dans la reconnais-
sance du père, prouve-t-elle la ma-
ternité ? 180

ERRATA

- Page 81, ligne 11, au lieu de *en*, lire *du*.
Page 86, ligne 8, au lieu de *étaient*, lire *étaient*.
Page 111, ligne 11, au lieu de 343, lire 342.
Page 124, ligne 7, lire *il ne peut pas*.
Page 137, au lieu de *Duranthon*, lire *Duranton*.
Page 143, ligne 24, au lieu de *IV*, lire *VI*.
Page 151, ligne 19, au lieu de *D, 61, 1, 12*, lire *D, 61, 2, 12*.
Page 151, ligne 21, au lieu de 245, lire 235.
Page 161, ligne 1^{re}, au lieu de 67, lire 57.
Page 167, ligne 10, au lieu de *D, 7*, lire *D, 70*.
Page 169, dernière ligne, au lieu de *III*, lire *VI*.
Page 187, ligne 27, au lieu de *ce deuxième système*, lire *de ce système*.
Page 190, ligne 5, au lieu de n^o 278 lire *p. 156*.
-

29

GRANDE IMPRIMERIE DE BLOIS. — PAUL GIRARDOT ET C^{ie}.
